Der Zugang der Willenserklärung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität Marburg a/L.

vorgelegt von

Wilhelm Koch
Referendar aus Neuenkirchen

Marburg 1932

Druck von Ferdinand Lagemann, Neuenkirchen Kreis Melle.

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 20. 4. 1929.

Berichterstatter:
Geh. Justizrat Professor Dr. Fr. Leonhard.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Schrifttum.

Archiv für bürgerliches Recht.

Archiv für die Civilistische Praxis.

Bekker, Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts.

Bieber, Der Zugang empfangsbedürftiger mündlicher Willenserklärungen. Würzbg. Diss. 1908.

von Blume, Versäumnis des Empfanges von Willenserklärungen, Iherings Jhrb. 51, S. 1 ff.

Breit, J., Zur Lehre vom Rechtsgeschäft, Sächs. Arch. f. Bürgerl. Recht. Bd. 15.

Breit, M., Die Verhinderung der Vollziehung einer Willenserklärung. Seufferts Bl. f. R. A. Bd. 71, S. 589 ff.

Bülow und Hagemann, Pract. Erörterungen Bd. 4, Nr. 3 (1804).

Brodmann, in Ehrenbergs Handbuch d. ges. Handelsrechts. 4, 2.

Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl.

Cosack-Mitteis, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des BGB. Tübingen und Leipzig 1900.

David, in Gruchots Beiträgen Bd. 46.

Dernburg, die allgemeinen Lehren des Bürgerl. Rechts des Deutschen Reichs und Preußens, 3. Aufl.

Dernburg, Pandekten, 9. Aufl.

Deutsche Juristen-Zeitung.

Düringer-Hachenburg, Handelsgesetzbuch, 2. Aufl.

Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts.

Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem Bürgerlichen Recht. Berlin 1903.

Eltzbacher, Die Unterlassungsklage. Berlin 1906.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus, Kipp und Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fabricius, Welche Wirkungen hat die Nichtannahme von Schriftstücken und die Verhinderung ihres Zugehens? Göttinger Diss. 1926.

Fritze, im Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 14.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt, 2. Aufl. 1903.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Habicht, in D. J. Z. 1901 S. 265 ff.

Haumann, Die Nichtannahme empfangsbedürftiger Willenserklärungen. Erlanger Diss. 1913.

Hellwig, in J. W. 1905, S. 356 ff.

Ihering, Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerl. Rechts.

Jung, Das Wirksamwerden der mündlich an Mittelspersonen bestellten Willenserklärung. Arch. f. zivil. Praxis, Bd. 117 S. 73 ff.

Juristische Wochenschrift.

Kantorowicz, Methodologische Studie über den Zugangsbegriff. Hannover 1917.

Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877.

Kipp, bei Windscheid.

Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1906.

Kohler, Ueber den Vertrag unter Abwesenden. Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 1.

Köppen, in Iherings Jahrb. Bd. 11, S. 373.

Koppers, Die Vollendung der empfangsbedürftigen mündlichen Willenserklärung. In Gruchot, 46, S. 225 ff.

Koppers, D. J. Z. 1906.

Krückmann, im Recht 1911.

Kühn, in Iherings Jahrb. 16, S. 1.

Kunstmann, Das „Zugehen" der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung nach §§ 130, 131 BGB. Erlanger Diss. 1906.

Langheineken, Anspruch und Einrede. 1903.

Leonhard, Fr., Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. 2. Aufl.

Leonhard Fr., Die Wahl bei der Wahlschuld. Iherings Jahrb. 41, S. 1 ff.

Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.

Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts mit Berücksichtigung des gesamten Reichsrechts. 5. Aufl., Berlin 1910.

Monich, Willenserklärung und Rechtsgeschäft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1900.

Moses, Die Verhinderung des Zugehens von Willenserklärungen durch den Adressaten. Bresslauer Diss. 1919.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.

O. L. G. Hamburg, Seuffertes Arch. Bd. 50 Nr. 77.

Oertmann, Kommentar zum BGB. 3. Aufl.

Oertmann, Zugehen und Vernehmen, Recht 10.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. u. 4. Aufl.

Puchta, Lehrbuch der Pandekten, 12. Aufl. Leipzig 1877.

Rathenau, D. J. Z. 02, S. 147 ff.

Recht, das, Rundschau für den deutschen Juristenstand, Hrsg. Soergel.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

Regelsberger, Zivilrechtliche Erörterungen, 1, S. 23 ff.

Rhodovi, Das Wirksamwerden der empfangsbedürftigen Willenserklärung durch Zugehen. Rostocker Diss. 1911.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Berlin 1899.

Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß auf Grundlage der Stellvertretungslehre des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1908.

Sächsisches Archiv für deutsches bürgerliches Recht.

von Scheurl, Iherings Jahrb. 2, S. 248 ff. und 3, S. 258 ff.

Schneider, Arch. f. bürgerl. Recht, 25, S 269.

Schüler, Die Verhinderung des rechtzeitigen Zugehens einer Willenserklärung durch den Empfänger. Breslauer Diss. 1910.

Seckel, Die Gestaltungsrechte. In der Festausgabe der Jur. Ges. zu Berlin für Richard Koch. Berlin 1903.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.

Seuffert, in Seufferts Arch. 7, S. 17.

Siecke, Was bedeutet das Zugehen bei den empfangsbedürftigen Willenserklärungen? Rostocker Diss. 1905.

Sintenis, Das Practische gemeine Civilrecht, 3. Aufl. Leipzig 1868.
Sokolowski, Willenserklärungen mittels Fernsprecher und Ferndruckers. Rostocker Diss. 1908.
von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. 9. Aufl.
Thiele, Arch. f. civil. Praxis, Bd. 89.
Titze, Die Lehre vom Mißverständnis. Berlin 1910.
Titze, Der Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbedürftigen schriftlichen Willenserklärungen. Iherings Jahrb. 47, S. 379 ff.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl.
Voswinkel, Die unrichtige Uebermittlung von Willenserklärungen durch den Empfangsboten. Arch. f. Bürgerl. Recht 32, S. 386 ff.
Wendt, Arch. f. civil. Praxis, Bd. 92, S. 211 ff. und Bd. 100, S. 1 ff.
von Wening-Ingenheim, Arch. f. civil. Praxis, 2, S. 267 ff.
Windscheid, Pandekten, 9. Aufl.
Zander, Gruchots Beiträge 52, S. 306.
Zitelmann, Internationales Privatrecht, Leipzig 1898.
Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1. Teil. Berlin 1889.

Uebersicht.

Seite

§ 1. Einleitung 1

§ 2. Der Zugangsbegriff 2

§ 3. Zugang bei in der Person des Empfängers liegenden Hemmnissen 6

A. Annahmeverweigerung 7

B. Zugangsvereitelung 8

I. Die Schadensersatztheorien 9

II. Treu und Glauben 12

III. Analogien 13

1. Anwendung der §§ 162, 815 BGB 15

2. Analogie aus § 530, Abs. 2 BGB 18

3. Die Analogie des Gläubigerverzuges . . . 19

C. Ergebnis 24

§ 4. Zugang durch Mittelspersonen 25

A. „Anwesend", „abwesend"; „verkörperte" und „nichtverkörperte" Erklärungen 25

B. Mittelspersonen auf Seiten des Erklärenden . . . 26

C. Mittelspersonen auf Seiten des Empfängers . . . 27

I. Verkörperte Erklärungen 27

II. Nichtverkörperte Erklärungen 35

§ 5. Zugang bei mehreren Empfangsbereichen einer Person 38

§ 1.

Einleitung.

§ 130 BGB bestimmt:

„Eine Willenserklärung, die einem andern gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie ihm zugeht".

Durch diese Vorschrift wollte das BGB den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der empfangsbedürftigen Willenserklärung, die einem Abwesenden gegenüber abzugeben ist, ein für allemal fixieren.

Im gemeinen Recht herrschte über die Frage des Wirksamwerdens von Willenserklärungen, hauptsächlich infolge des Schweigens der Quellen, lebhafter Streit.

Nach der Äußerungs- oder Deklarationstheorie [1]) wird die Willenserklärung bereits mit der Abgabe wirksam.

Nach der Entäußerungs-, Absendungs- oder Uebermittlungstheorie [2]) muß die Erklärung abgesandt sein.

Die Vernehmungs-, Resziszions-, Rekognitions, Agnitionstheorie [3]) hingegen verlangt, in das der Aeußerungstheorie entgegengesetzte Extrem verfallen, daß die Erklärung dem Empfänger zum Bewußtsein gekommen sei.

Die Empfangstheorie [4]) endlich läßt die Willenserklärung in

---

[1]) Vertreter: Bülow und Hagemann, Prakt. Erörterungen 4, S. 20 ff.; von Wening-Ingenhein, Arch. civil. Prax. 2, S. 267 ff; von Scheurl, Iherings Jhrb. 2, 248 ff; Puchta § 251 a; Sintenis 2, S. 246 ff; Kühn, Iherings Jahrb 16, verlangt, daß die gemachte Aeußerung nicht wieder rückgängig gemacht werden könne. Weitere Literaturangaben siehe Windscheid-Kipp 2, § 306.

[2]) Vertreter: Köppen in Iherings Jhrb. 11, 373; von Scheurl, Iherings Jhrb. 3, 258 u. a.

[3]) Vertreter: Bekker, Jhrb. des gemeinen Rechts 2, S. 342 ff, 3. S. 116 ff, 295 ff; ferner Regelsberger, Vangeow, Brinz, Marßon u. a. (s. Windscheid-Kipp 2, § 306).

[4]) Vertreter: Emminghaus, Hauser, Schott, Karlowa, Hasenöhrl, Seuffert in Seuff. Arch. 7, S. 17; Dernburg 2, § 11 u. a. Genaue Angaben s. Windscheid-Kipp, 2, § 306.

dem Zeitpunkt wirksam werden, in welchem Sie an den Empfänger gelangt.

Die Empfangstheorie wurde im gemeinen Recht mehr und mehr die herrschende, was besonders auch in den Artikeln 320, 321 des alten HGB in Erscheinung tritt.

Auch das BGB hat sich dann in seinem § 130 im wesentlichen zur Empfangstheorie bekannt, indem es den Zugang als Zeitpunkt für das Wirksamwerden der einem Abwesenden gegenüber abgegebenen Willenserklärung festlegte. Wenn seine Verfasser aber glaubten, den Streit damit endgültig abgetan zu haben, so ist ihnen das nicht gelungen. Denn § 130 sagt nur, das die Erklärung bezw. Absendung nicht genügt, andererseits Kenntnisnahme seitens des Empfängers nicht erforderlich ist. Damit ist aber der Zeitpunkt des Zugehens keineswegs genau bestimmt, denn der Zeitraum zwischen Erklärung bezw. Absendung und Kenntnisnahme, innerhalb dessen wir nun den Zeitpunkt des Wirksamwerdens suchen müssen, kann je nach den Umständen recht beträchtlich sein. (Leonhard, Wahlschuld S. 34 drückt das dahin aus: „Zugehen bezeichnet nur ein Gelangen zum Adressaten, läßt aber nicht erkennen, wie weit die Erklärung gelangt sein muß".) Die Ausdrucksweise des Gesetzes ist also keineswegs eindeutig, und doch ist es von größter Wichtigkeit, den Zeitpunkt des Wirksamwerdens so genau wie möglich feststellen zu können. Gibt er uns doch das Datum des wirksam gewordenen Rechtsgeschäftes an und damit z. B. die Dauer des durch das Geschäft abgeschlossenen Rechtsverhältnisses, das Datum der Kündigung, Beginn und Ablauf der Verjährung; er gibt den Augenblick an, bis zu welchem der Widerruf der Erklärung möglich ist (§ 130 Abs. 1, Satz 2), er ist maßgebend dafür, ob ein Geschäft zustande gekommen ist, trotzdem die Annahmeerklärung abhanden gekommen und deshalb niemals zur Kenntnis des Antragstellers gelangt ist, je nachdem sie entweder vor oder nach dem Zugang verloren gegangen ist usw.

§ 2.

Der Zugangsbegriff.

Das Gesetz unterscheidet Willenserklärungen unter Anwesenden und solche unter Abwesenden. § 130 stellt das Erfordernis des Zugehens nur für die Erklärung unter Abwesenden auf. Ob sich aus dieser Tatsache eine andere Behandlung der

Willenserklärungen unter Anwesenden ergibt oder ob für beide Arten dasselbe Prinzip maßgebend ist, soll später (S. 25) untersucht werden. Wir wenden uns zunächst den Willenserklärungen unter Abwesenden zu. Abwesend i. S. des § 130 ist jemand, mit dem ich aus irgend welchen Gründen, sei es, daß ich es nicht kann oder nicht will, nicht unmittelbar verhandle, sondern mich einer mittelbaren Erklärung, etwa eines Schriftstückes, also einer verkörperten Erklärung bediene (vgl. S. 25 ff.), und nur von verkörperten Willenserklärungen soll in Folgendem zunächst die Rede sein.

Wie schon erwähnt, liegt der Zeitpunkt des Zugehens zwischen dem Augenblick, wo die Erklärung den Machtbereich des Erklärenden verläßt und der Kenntnisnahme des Empfängers. Es gilt nun, diesen Zeitpunkt innerhalb des gekennzeichneten Zeitraumes möglichst genau zu bestimmen. Zu diesem Zwecke müssen wir uns fragen, was das Gesetz bezweckte, als es als Kriterium des Wirksamwerdens der einem Abwesenden gegenüber abgegebenen Willenserklärung das Merkmal des Zugehens aufstellte. § 130 stellt es nicht auf die Niederschrift bezw. Absendung, andererseits nicht auf die Kenntnisnahme ab. Er wollte also die Mängel der Erklärungs- bezw. Uebermittlungstheorie einerseits und der Vernehmungstheorie andererseits vermeiden.

Die Erklärungs- bezw. Uebermittlungstheorie bindet den Erklärenden bereits mit der Abgabe der Erklärung bezw. der Absendung, beraubt ihn also mit diesem Augenblick des Widerrufsrechts, und sie bindet den Adressaten in demselben Moment, also bevor er die Erklärung kennt, ja kennen kann und bürdet ihm die Gefahr der Uebermittlung auf, auf die er gar keinen Einfluß hat. Das ist für beide Teile unbillig.

Nach der Vernehmungstheorie wird die Erklärung erst mit der Kenntnisnahme seitens des Empfängers wirksam. Einerseits hat es also der Empfänger in der Hand, das Wirksamwerden der Erklärung willkürlich hinauszuschieben, ja zu verhindern, andererseits haftet der Absender für den Verlust der Erklärung noch, wenn sie längst in die Verfügungsgewalt des Adressaten gelangt ist. Auch das wird den Verhältnissen nicht gerecht. Zwischen beiden Zeitpunkten, der Erklärung bezw. Absendung einerseits und der Kenntnisnahme andererseits liegt der Punkt, wo sich die Interessen der Parteien begegnen: es ist der Zeitpunkt, wo die Erklärung aus der Machtsphäre des Erklärenden in die des Empfängers gelangt, wo also dem Erklärenden die

Gefahrtragung nicht mehr zugemutet werden kann, weil er auf das Schicksal der Erklärung keinen Einfluß mehr hat, und wo der Empfänger in die Lage versetzt wird, sich von dem Inhalt der Erklärung Kenntnis zu verschaffen. Das ist der Moment des Zugangs. Damit sind gleichzeitig zwei Fragen beantwortet, nämlich: was ist Zugang? und: wo liegt der Zeitpunkt des Zugangs?

Das heißt, sie sind abstrakt und für den Normalfall beantwortet. Wenn wir sagen: „Zugang ist Eintritt der Kenntnisnahmemöglichkeit", so gibt diese Definition nur den Gedanken wieder, der der Entscheidung des Einzelfalles zu Grunde liegen muß; aber sie ist für die Mannigfaltigkeit der konkreten Tatbestände zur genauen Fixierung des Zugangszeitpunktes noch nicht ausreichend. Wann ist die Erklärung in der Wahrnehmungssphäre des Empfängers, wann noch in dem Verfügungsbereich des Absenders?

Man hat geglaubt, zur näheren Bestimmung dieser natürlichen Begriffe den juristischen Begriff des Besitzes heranziehen zu sollen, indem man sagte, daß für den Zugang der Besitzerwerb an der verkörperten Erklärung maßgebend sei. [1]) Ob mit der Einführung des Besitzbegriffes etwas an Klarheit gewonnen wäre, ist zunächst schon fraglich, führt doch der „juristische" Begriff des Besitzes auf den natürlichen Begriff „tatsächliche Gewalt" zurück (§ 854 BGB); immerhin mag man sagen, daß der Besitzbegriff im Laufe ber Zeit im Gefüge der Rechtswissenschaft eine feste Gestalt angenommen habe. Aber auch von diesen Bedenken abgesehen, ist der Besitzbegriff für die Bestimmung des Zugangs ungeeignet. Das der Besitz zur Vollendung des Zugehens genügt, behauptet Titze selbst nicht, vielmehr muß auch nach ihm die Möglichkeit der Kenntnisnahme hinzutreten, dagegen ist nach seiner Ansicht der Besitz Mindesterfordernis, also immer nötig, und zwar verlangt er unmittelbaren Besitz. Das ist unzutreffend. Vor allem hätten wir damit, wie Leonhard [2]) zutreffend ausführt, noch keine klare Auskunft für die Fälle, wo sich zwischen den Besitz des vom Absender bestellten Boten und den Besitz des Empfängers noch der anderer Personen einschiebt; insbesondere sind alle Vertreter des Empfängers, soweit sie nicht auf Grund eines be-

---

[1]) So besonders Titze, Zeitpunkt und vor ihm Thiele im Arch. civil. Prax. 89, S. 36; ferner Titze folgend Kunstmann, S. 49; Schüler S. 11; J. Breit, Sächs. Arch. 15, S. 653.

[2]) Wahlschuld S. 37.

sonderen Abhängigkeitsverhältnisses nur Besitzdiener sind, selbst als Besitzer zu betrachten. Ferner gibt es Fälle, wo die Kenntnisnahme (und das ist doch noch mehr als der Zugang) ohne Besitz eintritt; z. B. in Fällen, wo dem Erklärungsempfänger nur die die Erklärung enthaltende Urkunde — man denke an Listen, Zirkulare — zur Unterschrift zwecks Bescheinigung, daß er den Inhalt kenne, vorgelegt wird. [1])

Wir müssen daher, um uns über den Zugang weitere Klarheit zu verschaffen, einen anderen Weg gehen.

Dabei müssen wir uns darüber klar sein, daß es unmöglich ist, einen juristischen Begriff wie den vorliegenden bis zu den konkreten Tatbeständen des wirtschaftlichen Lebens hinabzuführen. Kantorowicz [2]) nennt derartige Begriffe „verweisende", es wird hinsichtlich der Frage, in welchen individuellen Tatbeständen sie sich erfüllen, auf eine außerlogische Ordnung verwiesen. Die umfassende gedankliche Anwendung einer derartigen ausserlogischen Ordnung würde aber die gedankliche Beherrschung sämtlicher möglicherweise unter sie fallenden individuellen Tatbestände voraussetzen, und das ist unmöglich. Einen allgemein gültigen, umfassenden Begriff des Zugangs aufzustellen, kann daher, da dies Ziel unerreichbar ist, nicht Ziel unserer Darlegungen sein. Eine umfassendere Begriffsbestimmung als die oben bereits gegebene ist nur für einzelne Gruppen von Fällen und auch da nur bis zu einem bestimmten Grade möglich.

Unter dieser Beschränkung sollen nun folgende Gruppen von Fällen unter für sie passende Regeln gebracht werden:

1. Zugang bei in der Person des Empfängers liegenden Hemmnissen.
2. Zugang durch Mittelspersonen.
3. Zugang bei mehreren Empfangsbereichen einer Person.

Dabei wird zwischen der Regel und dem konkreten Leben immer ein Rest von Schwierigkeit übrig bleiben, der sich nicht abstrakt generell fassen läßt: Hier hat dann die Entscheidung des einzelnen Falles einzusetzen.

[1]) Ebenso Staudinger 130, 3; Rathenau a. a. O. 147 ff; Leonhard, Wahlschuld 37; OLGE 10, S. 65; u. a.

[2]) a. a. O. S. 36.

§ 3.

Zugang bei in der Person des Empfängers liegenden Hemmnissen.

Wenn in Folgendem von Hemmnissen des Zugangs die Rede ist, so müssen wir davon unterscheiden die Hemmnisse der Kenntnisnahme. So kann zur Zeit der Ankunft des Briefes, wo normalerweise die Kenntnisnahmemöglichkeit eintritt, der Empfänger vorübergehend abwesend, bewußtlos, betrunken sein. Das sind Umstände, die die Kenntnisnahme im konkreten Einzelfalle hinausschieben können. Diese Umstände muß der Empfänger, bei dem sie vorliegen, vertreten; es entspricht der Billigkeit und der vom Gesetz adoptierten Empfangstheorie, daß gegen diese Zufälle der Erklärende geschützt wird; der Zugang kann dadurch nicht gehemmt werden, sondern lediglich die sofortige Kenntnisnahme. Wir müssen daher unsere oben gefundene Formel: „Zugang ist Eintritt der Kenntnisnahmemöglichkeit" dahin erweitern, daß wir sagen: „Zugegangen ist eine Willenserklärung dann, wenn der Adressat unter normalen Umständen die Möglichkeit hat, sich von ihrem Inhalte Kenntnis zu verschaffen und die Kenntnisnahme verkehrsüblich von ihm erwartet werden kann". Damit werden alle genannten Fälle richtig mit betroffen, und soweit herrscht ziemliche Uebereinstimmung in Literatur und Rechtsprechung.[1])

Es müssen ferner ausscheiden alle Hemmnisse, die vor der Ankunft der Erklärung von außen, ohne Zutun des Adressaten eintreten, also z. B. Entgleisung des die Erklärung befördernden Zuges, Unglücksfall des Boten, Entwendung des die Erklärung enthaltenden Schriftstückes vor der Ankunft usw., da in diesen Fällen der Adressat niemals die Möglichkeit der Kenntnisnahme gehabt hat und auch nicht haben konnte, von Zugehen daher keine Rede sein kann.

---

[1]) So die meisten: Enneccerus 25.—29. Aufl. I. 1, S. 394; Planck 3. Aufl. I, S. 206; Cosack 5. Aufl. 1, S. 305; David Gruch. 46, 235; Leonhard, Wahlschuld S. 36, Manigk S. 311; Haumann S. 11; Rehbein 1, S. 122; Crome 1, S. 393. Goldmann-Lilienthal 1, S. 170; Matthiass 5. Aufl. S. 96. RG 50, 194; 56, 264; 58, 407; 60, 336. a. M. Titze s. o. und Brodmann bei Ehrenberg IV, 2, S. 19, Anm. 3., der das Moment der „normalen Umstände" gänzlich ablehnt, da es „die ratio legis, d. h. eine unbestimmte, juristisch noch unbearbeitete Idee in die Definition hinein trage". Er will es auf den Zeitpunkt abstellen, wo die Beförderung ihren Abschluß erreicht hat. Er kommt aber in Fällen, wo die Beförderung beispielsweise zur Nachtzeit ihren Abschluß erreicht, zu der Entscheidung, daß erst am nächsten Morgen zugegangen sei. Also doch die normalen Umstände!

Es bleiben also für die Betrachtung lediglich übrig Hemmnisse, die in der Person des Adressaten liegen.

A. Der einfachste und naheliegendste Fall ist der, daß der Adressat die verkörperte Erklärung nicht annimmt und zwar vorsätzlich und ohne berechtigten Grund.

Für diesen Fall nehmen eine Anzahl Schriftsteller[1]) an, daß ein Zugehen nicht erfolgt sei; man könne hier das Zugehen höchstens fingieren (RG), und zwar auch nur dann, wenn die Nichtannahme arglistig, d. h. in Kenntnis des Inhalts der Erklärung, erfolgt sei. Diese Ansicht muß als unzutreffend bezeichnet werden. Nach unserer oben aufgeführten Definition ist Zugehen „Möglichkeit der Kenntnisnahme unter normalen Umständen". Wenn aber dem Adressaten das die Erklärung enthaltende Schriftstück angeboten wird, so ist ihm unmittelbar die Möglichkeit der Kenntnisnahme gegeben. Hier einzuwenden, der Adressat habe die ihm angebotene Möglichkeit der Kenntnisnahme abgelehnt und somit niemals erlangt, widerspräche den tatsächlichen Verhältnissen. Eine schnellere und leichtere Möglichkeit der Kenntnisnahme kann man ihm nicht gewähren. Hier macht lediglich der Adressat von der Möglichkeit der Kenntnisnahme keinen Gebrauch, und das soll im Sinne des § 130 dem Absender nicht schaden. Es ist dies gerade der klassische Fall, wo die Forderung nur des Zugehens statt der Kenntnisnahme den Erklärer vor der Willkür der Gegenpartei schützt.[2])

Etwas anderes ist es natürlich, wenn die Art der Uebermittlung oder der Adressierung des Schriftstückes die Nichtannahme rechtfertigen, so wenn der Brief mit Strafporto belastet oder mit beleidigender oder undeutlicher Anschrift versehen ist; diese Erklärungen sind nicht zugegangen und zwar nicht infolge Verhaltens des Adressaten, sondern infolge der unzureichenden Form der Uebermittlung. Die Kenntnisnahme ist in diesen Fällen nicht zu erwarten.

Verweigert aber der Adressat die Annahme ausdrücklich, bewußt und grundlos, so brauchen wir den Zugang nicht zu fingieren, sondern er ist tatsächlich gegeben; es ist dem

[1]) Leonhard, Wahlschuld S. 41; Titze, Zeitpunkt S. 390, 391, 392. RG 60, 336; 50, 194.

[2]) Siecke, S. 32; Cosack-Mitteis, Lehrbuch 8. Aufl. S. 187; Goldmann-Lilienthal 2. Aufl. S. 170; Rehbein I, S. 123; Oertmann 3. Aufl. I, S. 456; Planck 4. Aufl. 130, 2a, 5; Fabricius S. 16, 19. Die Gegner dieser Ansicht verlangen bewußt (Titze) oder unbewußt Besitzerwerb.

Adressaten nicht gelungen, ihn zu vereiteln, er hat lediglich die Kenntnisnahme vereitelt und das ist gemäß § 130 unerheblich.

B. Es gibt aber Fälle, wo infolge des Verhalten des Adressaten der Zugang wirklich unterbleibt, bezw. — da ja gemäß § 132 BGB/203 ff. ZPO das Mittel der öffentlichen Zustellung gegeben ist, der sich der Adressat nicht entziehen kann — erheblich verzögert wird. Z. B. der Adressat wechselt die Wohnung, er läßt den die Erklärungsurkunde überbringenden Boten, den er für einen Bettler hält, gar nicht vor und verhindert so, daß ihm die Möglichkeit der Kenntnisnahme überhaupt angeboten wird. Oder er läßt auf seinem Hofe bissige Hunde laufen, die das Betreten unmöglich machen. Oder der Adressat verreist und sperrt während dieser Zeit seine Wohnung vollständig ab, beseitigt auch alle Vorkehrungen, die den Empfang ermöglichen, z. B. den Briefkasten. Ein ähnliches Verhältnis wird herbeigeführt durch die Besonderheit des Einschreibebriefes. Gemäß § 39, 7 Abschn. 5 Abt. 1 der Postordnung vom 20. 3. 1900 dürfen Einschreibesendungen für den Fall, daß der Empfänger oder sein Bevollmächtigter nicht persönlich angetroffen wird, nur an ein erwachsenes Familienmitglied bestellt werden, sodaß, falls keine dieser Personen angetroffen wird, die Möglichkeit der Kenntnisnahme und damit ein Zugehen nicht eintritt.

Wenn diese Umstände das Zugehen auch nicht endgültig vereiteln können, so können dem Absender daraus doch erhebliche Nachteile entstehen, so die Kosten der nochmaligen Abgabe, der öffentlichen Zustellung und vor allem die Folgen der Versäumnis der für die Erklärung etwa bestimmten Frist, was, da befristete Willenserklärungen nur wirksam werden, wenn sie rechtzeitig zugehen, der endgültigen Vereitelung des Zugangs gleichsteht.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes wäre in all diesen Fällen die Willenserklärung mangels Zugangs nicht wirksam geworden. Soll das aber zum Nachteil des Erklärenden, der auf diese in der Person des Adressaten liegenden Hemmnisse des Zugangs gar keinen Einfluß hat, der Fall sein? Das widerspräche dem Billigkeitsempfinden. So ist man sich denn auch darüber einig, daß in diesen Fällen dem Erklärenden geholfen werden muß, und zu diesem Zwecke sind im Laufe der Zeit die verschiedensten Vorschläge gemacht worden, von denen die wichtigsten im Folgenden kurz dargestellt und auf ihre Brauchbarkeit geprüft werden sollen.

Schon in den Voraussetzungen der dem Absender zu gewährenden Hilfe gehen die Ansichten auseinander. Die eine will dem Absender nur helfen, wenn der Adressat den Zugang arglistig, zum mindesten vorsätzlich verhindert hat, die zweite auch bei fahrlässiger Vereitelung und die dritte sogar bei Hemmnissen, die in der Person des Adressaten liegen, ohne daß diesen überhaupt eine Schuld trifft.

Auch nach den Methoden, wie dem Absender geholfen werden soll, kann man die Vorschläge in drei Hauptgruppen einteilen: Die erste Gruppe will dem Absender in allen Fällen nur einen Schadensersatzanspruch gewähren, die zweite will den Zugang fingieren, während die dritte für Nachholbarkeit der Erklärung eintritt.

B. I. Die Schadensersatztheorien.

Nichts einzuwenden ist gegen die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruches aus § 826 BGB. (ob die Durchführung gangbar ist und ob sie der Praxis gerecht wird, soll später untersucht werden). Wer vorsätzlich den Zugang einer für ihn bestimmten Erklärung vereitelt, wird damit in den meisten Fällen eine Schädigung des Erklärenden herbeiführen und zum mindesten wissen, daß er den Gegner schädigt, und auch ein Verstoß gegen die guten Sitten wird in einem derartigen Verhalten oft zu finden sein. Die Begründung eines Schadensersatzanspruches aus § 826 ist also wohl möglich, aber § 826 hilft eben nur, wenn Vorsatz (der oft schwer nachzuweisen sein wird) und Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, er versagt in allen Fällen nur fahrlässiger Zugangsvereitelung.

Die meisten Anhänger der Schadensersatztheorien argumentieren daher anders. Sie gehen von einer Pflicht zur Annahme von Willenserklärungen aus, deren Verletzung einen Schadensersatzanspruch erzeugen soll; und zwar behaupten einige das Bestehen einer ganz allgemeinen Annahmepflicht, so Krückmann, [1]) der beim Vertragsangebote vom Antragsteller verlangt, stündlich auf die Annahmeerklärung gefaßt zu sein. Daß diese Auffassung zu weit geht, bedarf keiner eingehenderen Erörterung. Sie würde, wie Titze [2]) hervorhebt, zu einer unerhörten Beschränkung der persönlichen Freiheit führen und ist praktisch undurchführbar.

---

[1]) Krückmann, Recht 1911, S. 63.
[2]) Zeitpunkt, 451.

Aber auch aus einem bestehenden Vertragsverhältnisse läßt sich [1]) eine Pflicht zur Annahme von das Vertragsverhältnis betreffenden Erklärungen nicht schlechthin folgern. Man kann dem Mieter nicht zumuten, an jedem Quartalsersten auf die Kündigung seines Vermieters gefaßt zu sein und aus diesem Grunde eine geplante Reise oder einen geplanten Spaziergang aufzugeben oder sonst Vorkehrungen für die Ermöglichung des Zugangs zu treffen; [2]) dasselbe gilt, wenn hinsichtlich eines gestellten Antrags die Annahmefrist noch läuft. [3]) Eine solche Pflicht läßt sich auch mit Hilfe der §§ 133, 157 nicht begründen.

Von einer Pflicht zur Entgegennahme einer Willenserklärung kann man nur dann sprechen, wenn eine solche von den Vertragsparteien deutlich vereinbart ist, also mit zum Inhalt des Vertrages geworden ist. Daher wird es niemals genügen, daß der Adressat dem Erklärenden die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit der Empfangsbereitschaft in Aussicht gestellt hat, indem er ihm z. B. eine Zeit angegeben hat, zu der er zu Hause sein würde. [4]) In einem solchen Falle handelt es sich nur „um eine unverbindliche Zusage der Empfangsbereitschaft und nicht um die Uebernahme einer Rechtspflicht zum Erklärungsempfang". [5]) Ist aber die Verpflichtung zur Entgegennahme Vertragsinhalt geworden, so liegt in einem Verstoß dagegen eine Vertragsverletzung, die zum Schadensersatz verpflichtet.

Eine Verpflichtung zur Entgegennahme aber auch noch anzunehmen, wo überhaupt kein Schuldverhältnis vorliegt, z. B. wie Schüler [6]) und Moses [7]) es wollen, bei Verhinderung des Zugangs von Willenserklärungen, zu denen der Adressat selbst aufgefordert hat, also vor allem bei Verhinderung des Zugangs der Annahmeerklärung beim Vertragsangebot, ist abwegig und findet im Gesetz weder unmittelbar noch sinngemäß eine Begründung. Es handelt sich vielmehr lediglich um die Verletzung einer moralischen Verpflichtung, an die ein Schadensersatzanspruch nicht geknüpft werden kann.

---

[1]) Wie Planck, 4. Aufl. I, 130, 5, 6; Rehbein I, 122; Habicht a. a. O. S. 265; Crome I, S. 394 und andere wollen.
[2]) Ebenso OLG Hamburg a. a. O.
[3]) Titze, Mißverständnis, S. 360.
[4]) Haumann S. 23.
[5]) Titze, Mißverständnis, S. 268.
[6]) a. a. O. S. 37.
[7]) a. a. O. S. 41.

Auf einem völlig unsicheren Wege versucht endlich Breit [1]) die Begründung eines Schadensersatzanspruches, und zwar mit Hilfe des § 823, Abs. 1 BGB. Er sieht darin, daß das Gesetz in einer Reihe von Fällen die Möglichkeit gegeben hat, durch Willenserklärungen Rechtswirkungen herbeizuführen, die Gewährung eines „Kannrechts" (i. S. Zitelmanns. int. Privatrecht II, 1, S. 32). [2]) Diese Kannrechte zählt Breit zu den „sonstigen Rechten" des § 823 Abs. 1 und kommt so zur Anwendung dieser Norm, indem er in der vorsätzlichen oder fahrlässigen Zugangsvereitelung die Verletzung eines Kannrechtes des Absenders erblickt.

Selbst wenn man, was schon zweifelhaft ist, die Möglichkeit, durch Willenserklärungen eine Rechtswirkung zu erzeugen, in allen Fällen zu den Gestaltungsrechten im angedeuteten Sinne rechnet, so ist doch die Einreihung dieser Rechte unter die „sonstigen Rechte" des § 823 Abs. 1 unmöglich. Unter Gestaltungsrechten versteht man „solche Rechte, die einer Person die Fähigkeit geben, Rechtsbeziehungen zu einem anderen durch einseitige Erklärung an diesen zu begründen oder aufzuheben". [3]) Sie richten sich also wie die Forderungsrechte in der Regel gegen bestimmte Personen, sind daher relative Rechte. Nach absolut herrschender und richtiger Ansicht sind aber unter den „sonstigen Rechten" des § 823 nur absolute Rechte zu verstehen. Die Richtigkeit dieser Ansicht nachzuweisen, erübrigt sich im Hinblick auf die über sie bestehende fast allseitige Einstimmigkeit in Literatur und Rechtsprechung. Es kann somit von einer Anwendung des § 823 Abs. 1 auf die Verletzung von Gestaltungsrechten keine Rede sein und damit wird Breits Vorschlag hinfällig.

Haben wir im Vorhergehenden nachgewiesen, daß eine rechtliche Annahmepflicht nur in wenigen Fällen besteht, so spricht gegen die Schadensersatztheorien andererseits die Schwierigkeit bezw. die für die Praxis unzulängliche Form der Durchführbarkeit des Schadensersatzanspruches. Die Vertreter der Schadensersatztheorien sagen: „Verhindert der Adressat den Zugang einer für ihn bestimmten Willenserklärung, zu deren Annahme er verpflichtet ist, so hat er eine Verbindlichkeit verletzt und ist zum Schadensersatz verpflichtet". Dieser

---

[1]) Seufferts Blätter Bd. 71 S. 595 ff.

[2]) Hellwig nennt diese Rechte „Rechte des rechtlichen Könnens", der gebräuchliche Ausdruck ist „Gestaltungsrechte".

[3]) Seckel a. a. O. S. 205.

besteht gemäß § 249 BGB in der Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand, hier die Verhinderung des Zugangs, nicht eingetreten wäre. Dieser Zustand ist der, daß die Willenserklärung rechtzeitig, innerhalb der Frist, zugegangen ist; diesen Zustand herzustellen, ist aber unmöglich, denn die einmal verstrichene Frist kann nicht wieder rückgängig gemacht werden. Das geben auch die Vertreter der Schadensersatztheorien selbst zu, sagen aber, da die Herstellung direkt nicht möglich sei, müsse sie indirekt erfolgen, d. h. der Adressat müsse sich so behandeln lassen, als wenn der Zugang rechtzeitig eingetreten wäre; sie fingieren also die Wahrung der Frist. Für den Fall, daß die Herstellung unmöglich ist, hat aber das Gesetz selbst schon Vorsorge getroffen, und zwar durch Aufstellung des § 251, der für den Fall der Unmöglichkeit der Herstellung eine Entschädigung in Geld vorsieht. Die Fiktion widerspricht also positivem Recht und ist daher unzulässig,[1]) während mit einer Geldentschädigung, wie auf der Hand liegt, dem Absender in den wenigsten Fällen gedient ist.

Die Schadensersatztheorien sind demnach sowohl hinsichtlich ihrer Begründung — da sie eine Annahmepflicht des Adressaten, die nicht allgemein besteht, voraussetzen — als auch im Ergebnis — da eine Geldentschädigung praktisch nicht genügt — zum mindesten unzulänglich.

B. II. Treu und Glauben.

Eine im Ergebnis beachtenswerte, aber in der Begründung sehr bedenkliche Theorie vertritt das Reichsgericht.[2]) Es geht von dem Grundsatz von Treu und Glauben aus, der das BGB beherrscht, und sagt, wenn jemand den Zugang einer Willenserklärung arglistig vereitle, so könne er sich auf den Nichtzugang nicht berufen, weil er damit gegen Treu und Glauben verstoße, der Zugang sei ihm gegenüber also zu fingieren.[3]) Bei nur schuldhafter Verhinderung liege zwar noch nicht ein Verstoß gegen Treu und Glauben vor, aber er könne sich trotzdem nicht auf die Verspätung berufen, da er gegen Treu und Glauben handeln würde, wenn er aus seinem Verschulden zum

[1]) Ebenso Fabricius S. 49.
[2]) Bd. 58, 406 ff; Bd. 95, 315 ff.
[3]) Bd. 58, 408.

Nachteil des anderen für sich einen Vorteil herleiten wollte. Es erkennt damit also eine exceptio doli generalis an.

Mit dieser Argumentation verfällt das Reichsgericht in den beliebten und oft gerügten Fehler, aus einer Rechtsidee, ohne sich im Einzelfall auf eine positive Bestimmung zu stützen, einen neuen Rechtssatz herzuleiten. Es ist zwar richtig, daß der Grundsatz von Treu und Glauben unser Recht beherrscht, aber er soll lediglich ein Maßstab bei der Anwendung des positiven Rechts sein, er muß bei seiner richtigen Anwendung auf den Einzelfall stets in einer positiven Bestimmung, welche ihn ausdrücklich verkündet (§§ 162, 815, 157, 242, 320 BGB) seine Stütze finden,[1]) oder anders ausgedrückt, der Grundsatz von Treu und Glauben soll dem Richter eine Handhabe bieten, innerhalb des Rahmens positiver gesetzlicher Bestimmungen die Rechte und Pflichten zwischen den Parteien gerecht zu verteilen, er soll eine Unterstützung des subjektiven Empfindens des Richters sein;[2]) nicht aber soll er dem Richter die Befugnis zur beliebigen Einführung neuer Rechtsätze gewähren. Das aber tut das Reichsgericht; denn es stellt mit seiner Begründung, unabhängig von positiven Bestimmungen, den allgemeinen Satz auf, daß jemand, der schuldhaft einen Zustand herbeigeführt oder verhindert habe, sich auf den Eintritt bezw. Nichteintritt des Zustandes nicht berufen könne, weil er damit gegen Treu und Glauben verstoße. Damit wendet es nicht mehr das Gesetz an, sondern schafft neues Recht, und das ist nach heutigem im Gegensatz zum römischen Recht unzulässig.[3]) Die Theorie des Reichsgerichts ist demnach unhaltbar.

B. III. Analogien.

Es ist weiter versucht worden, das in Frage stehende Problem mit Hilfe von Analogien zu lösen. Auch hier stehen sich wieder hinsichtlich der Normen, deren analoge Anwendung zum Ziele führen soll, verschiedene Ansichten gegenüber. So

[1]) von Blume, S. 23; Schüler S. 19.

[2]) Leonhard, Lehrbuch S. 9: Der Richter muß immer der erkannten Anwendungsnorm folgen.

[3]) Gegen exceptio doli generalis auch Schneider, Arch. f. bürgerliches Recht 25, S. 269; Langheineken a. a. O. S. 324 ff; Kipp bei Windscheid § 47, 7; Oertmann S. 593; für die exc. dol. gen.: Rehbein I, S. 399; Enn. I § 208; III, 2; Wendt, Arch. f. civil. Pr. 100, S. 1 ff. RG. 52, 219; 57, 376; 58, 428; 108, 110; 109, 309. u. a.

will Habicht[1]) die Bestimmung des § 162, von Blume[2]) die des § 530, 2 und Titze[3]) die Vorschriften über den Gläubigerverzug analog anwenden.

Um diese Vorschläge einer kritischen Betrachtung unterziehen zu können, soll in Folgendem eine kurze Darstellung des Wesens und der Zulässigkeit der Analogie gegeben werden.

Das Problem der Analogie läßt sich so bestimmen: Wenn in der rechtlichen Regelung von Einzelfällen ein allgemeiner Grundsatz zur Erscheinung kommt, der über diese Einzelfälle hinaus greift, in welchem Umfange haben wir dann diesen allgemeinen Grundsatz zur Geltung zu bringen?[4])

Daß ein allgemeiner Grundsatz nur in einzelnen Bestimmungen des Gesetzes zum Ausdruck kommt, kann auf zwei Gründen beruhen: entweder der Gesetzgeber war sich zwar über den Grundsatz klar, übersah aber nicht die Einzelfälle, für die er Anwendung finden sollte und sprach deshalb nur einige unzweifelhafte Anwendungen aus, um im übrigen die anderweitige Anwendung des Grundsatzes der Wissenschaft und Praxis zu überlassen; oder er hat in verschiedenen gleich oder ähnlich gelagerte Fälle regelnden Bestimmungen den gleichen Rechtsgrundsatz zur Anwendung gebracht, o h n e sich dessen bewußt zu sein.

In beiden Fällen kann das Gesetz einen doppelten Sinn haben: entweder soll der Grundsatz ganz allgemein zur Geltung kommen, oder er soll auf die ausdrücklich geregelten Fälle beschränkt bleiben. Im ersteren Falle ist die Analogie zulässig und geboten, im letzteren das argumentum e contrario. Welches von beiden im Einzelfalle in Frage kommt, ist nach allgemeinen Auslegungsregeln festzustellen.[5])

Wir können demnach im Ergebnis mit Eltzbacher sagen: Analogie bedeutet, daß ein allgemeiner Grundsatz, den ein Gesetz nur in Anwendung auf gewisse Einzelfälle ausspricht, in seinem vollen Umfange zur Geltung gebracht wird. Hierzu sind wir berechtigt, gleichviel ob sich die Gesetzgeber des Grundsatzes bewußt geworden sind oder ihn unbewußt angewandt haben. Wir sind aber nur dann dazu berechtigt, wenn

[1]) Dt. J. Z. 1901, S. 265 ff.
[2]) Iherings Jhrb. Bd. 51, S. 1 ff.
[3]) Iherings Jhrb. 47, S. 379; Mißverständnis S. 262 ff.
[4]) Eltzbacher, Unterlassungsklage S. 90 ff.
[5]) Aehnlich Eltzbacher a. a. O.

es im Sinne des Gesetzes ist, daß der Grundsatz nicht nur in jenen Einzelfällen, sondern ganz zur Geltung kommt. Ob dies der Fall ist, das haben wir nach den allgemeinen Grundsätzen der Auslegung festzustellen.

Wollen wir also zur Analogie schreiten, so haben wir in den in Frage kommenden positiven gesetzlichen Bestimmungen zunächst den allgemeinen Grundsatz, oder wie von Blume [1]) sagt, einen Obersatz zu suchen, als dessen Anwendung der gesetzlich festgelegte Satz zu betrachten ist. Finden wir nun, daß der analog zu entscheidende Fall gleichfalls im Tatbestande des „Obersatzes" enthalten ist, kann man also sagen, „der vom Gesetz getroffene wie auch der nicht getroffene Fall sind Einzelfälle dieses Obersatzes", [2]) so ist der Analogieschluß zulässig.

Unter diesen Gesichtspunkten sollen nun die Vorschläge der einzelnen Autoren geprüft werden.

B. III. 1. Anwendung der §§ 162, 815 BGB.

Da Habicht [3]) zunächst vorschlägt, die Bestimmung des § 162 unmittelbar anzuwenden, sei diese Ansicht vorweg geprüft.

Habicht geht ebenso, wie die Vertreter der Schadensersatztheorien von einer Pflicht zur Annahme von Willenserklärungen aus. Daß diese nicht allgemein besteht und daß der Absender auch in den Fällen, wo der Adressat zur Annahme nicht verpflichtet ist, des Schutzes bedarf, haben wir bereits oben hervorgehoben. Weiter gründet sich Habichts Theorie auf die Ansicht, daß überall, wo zwecks Begründung, Aufhebung oder Veränderung eines Schuldverhältnisses die Abgabe einer Willenserklärung innerhalb einer bestimmten Frist vorgesehen ist, eine Bedingung i. S. des § 162 vorliegt, von deren Eintritt oder Nichteintritt die Wirksamkeit des Schuldverhältnisses abhängt. Werde die Abgabe oder Entgegennahme der Willenserklärung in gegen Treu und Glauben verstoßender Weise vom Adressaten verhindert, so sei die Abgabe oder Entgegennahme gemäß § 162 als geschehen anzusehen.

[1]) a. a. O. S. 5, 6.
[2]) Fabricius S. 52.
[3]) D. J. Z. 1901, S. 265 ff.

Diese Ansicht beruht auf einer Verkennung des Begriffes der Bedingung. Zunächst ist schon zweifelhaft, worin überhaupt nach Habicht die Bedingung zu sehen ist, ob in dem Zugang, der Innehaltung der Frist oder in der Erklärung selbst. Das bleibt sich aber auch gleich: denn in § 162 ist nur von einer rechtsgeschäftlichen, von einer Parteibestimmung abhängigen Bedingung die Rede. „Bedingung nennen wir die einer Willenserklärung eingefügte (nämlich durch ausdrückliche oder stillschweigende Parteibestimmung) Beschränkung, durch welche der Eintritt oder die Wiederaufhebung einer Rechtswirkung von einem für menschliches Wissen ungewissen Umstande abhängig gemacht wird; auch der Umstand selbst wird Bedingung genannt". [1])

Die drei genannten Tatbestände, die für Habichts Theorie als Bedingung in Betracht kommen können, sind aber keine Bedingungen in diesem Sinne, sondern Umstände, von denen das durch die Willenserklärung herbeizuführende Rechtsverhältnis seiner Natur nach, nicht dem Parteiwillen nach abhängt, also gesetzliche Voraussetzungen [2]) des Zustandekommens (auch conditiones iuris, Rechtsbedingungen genannt). Hierauf läßt sich aber die Bestimmung des § 162 — jedenfalls unmittelbar — nicht anwenden.

Habicht scheint seiner Sache selbst auch nicht ganz sicher zu sein, da er gleichzeitig die analoge Anwendung des § 162 vorschlägt: „Sollte man aber, sei es überhaupt, sei es wegen der besonderen Gestaltung eines Falles, gegen die unmittelbare Anwendung des § 162 Bedenken tragen, so müßte man jedenfalls den in § 162 ausgesprochenen Grundsatz hier zur analogen Anwendung bringen." [3])

Dem ist auch zuzustimmen, und zwar aus folgenden Gründen:

Zwar ist aus § 162 allein ein allgemeiner Grundsatz nicht zu entnehmen, da dieser lediglich von rechtsgeschäftlichen Bedingungen handelt. Der Gedanke des § 162 kehrt jedoch noch einmal wieder, nämlich im § 815, und zwar hier in allgemeinerer Form: § 162 spricht von der Verhinderung des Eintritts einer Bedingung, § 815 schlechthin von der Verhinderung des Eintritts eines Erfolges. Aus beiden Bestimmungen läßt sich

[1]) Enneccerus I, § 181, I.
[2]) Leonhard, Lehrbuch, S. 43.
[3]) a. a. O. S. 266.

der gemeinsame Obersatz ableiten: „Wenn jemand den Eintritt eines rechtsbegründenden — verändernden — oder aufhebenden Ereignisses zum Schaden eines anderen wider Treu und Glauben verhindert, so wird ihm gegenüber der Eintritt dieses Ereignisses fingiert". Die §§ 162, 815 sind Einzelanwendungen dieses Obersatzes. Unser hier zu entscheidender Fall, der der gegen Treu und Glauben verstoßenden Verhinderung des Zugangs einer Willenserklärung, ist genau gleich gelagert, also ebenfalls im Tatbestande des Obersatzes enthalten und es ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber, wäre ihm dieser Fall gegenwärtig gewesen, auch für ihn den Grundsatz ausdrücklich ausgesprochen haben würde. Die Analogie ist daher zulässig. Der Begriff des Zugehens erfordert, wie Fabricius [1]) ausführt, „wohl die Möglichkeit der Kenntnisnahme, und zwar lediglich im Interesse des Adressaten, des Erklärungsgegners. Wenn dieser aber selbst absichtlich „gegen seine Interessen handelt", zumal weil er den Inhalt des Schriftstückes kennt oder mit einem bestimmten Inhalt rechnet, so steht nichts mehr im Wege, das Schriftstück als zugegangen gelten zu lassen. Die Rücksichtnahme auf den Adressaten, von der sich der Gesetzgeber bei Annahme der Empfangstheorie leiten ließ, ist hier übrig und deshalb nicht am Platze".

Wir kommen demnach zu dem Satze:

„Wird der Zugang einer Willenserklärung vom Adressaten im Widerspruch mit Treu und Glauben verhindert, so gilt der Zugang als erfolgt". [2])

Ein Verstoß gegen Treu und Glauben liegt jedoch nur vor, wenn der Adressat einen bestimmten Inhalt der Erklärung kennt oder vermutet und aus diesem Grunde den Zugang vereitelt.

Den Zugang auch dann fingieren zu wollen, wie Habicht will, wenn kein Verstoß des Adressaten gegen Treu und Glauben vorliegt, sondern er den Zugang nur schuldhaft oder gar zufällig vereitelt, hieße über den im Gesetz begründeten allgemeinen Grundsatz hinausgehen und in den oben gerügten Fehler des Reichsgerichts verfallen; denn diese Analogie würde den aus den § 162, 815 abzuleitenden Obersatz voraussetzen, „daß das

[1]) a. a. O. S. 59.

[2]) Zustimmend Oertmann § 130 i. ε ε); Titze Zeitpunkt S. 448 („kein Verstoß gegen die Auslegungsregeln"); Fabricius S. 58; grundsätzlich auch Enn. I § 149, Anm. 12 und Kohler, Arch. f. bürg. Recht Bd. I, S. 296.

Ereignis, dessen Eintritt vom Gegner verhindert wurde, als eingetreten anzusehen sei". [1])

Die Theorie Habichts läßt sich also nur zur Entscheidung der Fälle verwerten, wo der Adressat den Zugang arglistig durch Verstoß gegen Treu und Glauben vereitelt hat.

B. III. 2. Analogie aus § 530 Abs. 2 BGB.

Ganz kurz seien noch die Vorschläge von Blumes [2]) und Wendts, [3]) die sich im wesentlichen decken, widerlegt. Diese Autoren wollen aus § 530 Abs. 2 in Verbindung mit den §§ 123 und 2339 No. 2 den allgemeinen Grundsatz ableiten:

> „Ist jemand von einem anderen vorsätzlich und widerrechtlich zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt, oder an der Abgabe einer solchen verhindert worden, so kann er dem anderen gegenüber die Wirkungen der Erklärung oder ihrer Unterlassung durch Anfechtung oder durch Nachholung der Erklärung beseitigen". [4])

Gegen diesen Satz ist zunächst zu sagen, daß er Abgabe und Zugang gleich stellt. Aber auch aus anderen Gründen ist der Vorschlag abzulehnen. Zwar ist es richtig, daß das Gesetz im § 123 die Aufhebung der Wirkungen einer vorsätzlich und widerrechtlich herbeigeführten Willenserklärung durch Anfechtung, in § 530, 2 die Nachholbarkeit einer vorsätzlich und widerrechtlich vereitelten Willenserklärung, und im § 2339 No. 2 die Aufhebung der Wirkungen der Unterlassung einer vorsätzlich und widerrechtlich vereitelten Willenserklärung durch Anfechtung zuläßt. Aber erstens beziehen sich diese Vorschriften sämtlich — wie schon erwähnt — auf die Abgabe, nicht auf den Zugang einer Willenserklärung, zweitens liegt es in der Tendenz dieser Bestimmungen, die Nachholung bezw. die Anfechtung einer Willenserklärung nur dann zuzulassen, wenn ihre Abgabe bezw. Unterlassung durch eine unerlaubte Handlung (§ 530 Tötung!), zum mindesten aber durch Zwangsmittel (Drohung und arglistige Täuschung) herbeigeführt wurde; auch ist die Herbeiführung der Unterlassung oder Abgabe einer Willenserklärung auf andere Weise kaum denkbar, — meistens

---

[1]) v. Blume S. 10.
[2]) v. Blume a. a. O.
[3]) Arch. f. civil. Pr. Bd. 92, S. 211 ff.
[4]) von Blume S. 13.

wird Freiheitsberaubung, Nötigung oder dgl. gegeben sein — dagegen wird das Mittel der Verhinderung des Zugangs selten eine unerlaubte Handlung darstellen, wenn auch die Verhinderung selbst unter § 826 fallen kann.

Hieraus läßt sich unschwer ersehen, daß die genannten Paragraphen Sondervorschriften sind, die zur analogen Anwendung nicht geeignet sind. Auch die Motive deuten hinsichtlich des § 530,2 darauf hin: [1]) Man glaubte sich „gegen die überall in den Rechten anerkannten und auch im heutigen Rechtsbewußtsein wurzelnden Gebote der Ethik keineswegs indifferent verhalten zu dürfen, war sich jedoch bewußt, daß das Widerrufsrecht vom juristischen Standtpunkte aus etwas Anormales war".

Die Theorie von Blumes und Wendts dürfte aus diesen Gründen für die Lösung unseres Problems nicht geeignet sein.

B. III. 3. Die Analogie des Gläubigerverzuges.

Müssen wir auch von Blumes Theorie wegen ihrer Begründung ablehnen, so bildet doch die Nachholbarkeit einer Willenserklärung, deren Zugang vom Adressaten vereitelt wurde, einerseits ein geeignetes Mittel, um dem Absender zu helfen. Andererseits wird es auch den Interessen des Adressaten am meisten gerecht, indem es ihn nicht, wie die Fiktionstheorien, verpflichtet, ohne daß er die Möglichkeit der Kenntnisnahme der Erklärung gehabt hat, sondern immer ein, wenn auch nachträgliches, Zugehen der Erklärung erfordert, was besonders im Falle der nur fahrlässigen Zugangsverhinderung im billigen Interesse des Adressaten liegt.

Der Weg, auf dem wir die Nachholbarkeit einwandfrei begründen können, ist der von Titze [2]) eingeschlagene, nämlich die Analogie des Gläubigerverzuges, wenn wir auch die Konsequenzen Titzes, wie unten darzulegen sein wird, nicht restlos anerkennen können.

Titze stellt fest, [3]) daß überall dort, wo die Vornahme eines Rechtsgeschäfts an die Innehaltung einer Frist gebunden ist, das Gesetz die Wahrung der Frist im Interesse desjenigen anordne, dem gegenüber die Willenserklärung abzugeben sei.

---

[1]) Motive Bd. 2, S. 203.
[2]) Iherings Jhrb. 47, S. 379 ff.
[3]) a. a. O. S. 452.

Dem ist zuzustimmen, und insofern ist auch die Rechtsstellung des Gläubigers eines Schuldverhältnisses und des Adressaten einer empfangsbedürftigen Willenserklärung gleichartig: der Gläubiger eines Schuldverhältnisses ist an der fristgemäßen Leistung des Schuldners insofern interessiert, als er nach der Leistung über den Gegenstand des Schuldverhältnisses beliebig verfügen kann und, da der Ablauf der Frist, also der Zeitpunkt der Leistung, feststeht, schon vorher entsprechend disponieren kann; der Adressat der empfangsbedürftigen Willenserklärung hat deshalb ein Interesse an der Innehaltung der Frist, weil er nur bis zum Ablaufe der Frist gebunden ist (z. B. bei der Offerte), von da an aber mit einer Erklärung des Gegners nicht mehr zu rechnen braucht und in seinen Dispositionen wieder frei ist. Aus dieser gleichartigen Stellung des Gläubigers und des Adressaten folgert Titze die Zulässigkeit seiner Analogie und stellt folgenden Satz auf: [1])

> „Ist eine befristete Willenserklärung ordnungsmäßig abgegeben, ihr rechtzeitiges Zugehen aber aus Gründen gescheitert, die in der Person des Adressaten liegen, so muß dieser die Willenserklärung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie ihm erst angemessene Zeit nach Fristablauf zugeht".

Dieser Satz ist im Ergebnis teilweise richtig. Daß es unzulässig ist, sämtliche Folgen des Annahmeverzuges auch für alle Fälle der Zugangsverhinderung, nämlich auch den der zufälligen Verhinderung, zu ziehen, wird später zu zeigen sein.

Davon abgesehen erscheint uns aber die Methode Titzes, die Zulässigkeit der Analogie allein aus dem Gesichtspunkte der gleichartigen Stellung des Gläubigers und des Adressaten zu begründen, zum mindesten unvollständig. Er geht lediglich von der Stellung der beteiligten Personen aus; wir wollen dagegen versuchen, auch die Gleichartigkeit der Handlungen, nämlich der Vornahme der Leistung und der Vornahme einer Willenserklärung, nachzuweisen. Gelingt uns das, so besteht an der Zulässigkeit der Analogie kein Zweifel mehr. Zu diesem Nachweise ist nicht erforderlich, daß sich beide Begriffe völlig decken; es genügt gemäß unserer oben niedergelegten Ansicht vom Wesen der Analogie, daß sie sich in einem gemeinsamen Oberbegriffe treffen.

---

[1]) a. a. O. S. 454.

Nun können wir mit Fabricius [1]) feststellen, daß es eine Reihe von Fällen gibt, in denen die Handlungen des Schuldners und des Erklärenden sogar identisch sind, nämlich in den Fällen, wo sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit einer Willenserklärung bedient, so z. B. bei der Abtretung einer Forderung oder Hingabe eines Schuldanerkenntnisses bezw. Schuldversprechens an Erfüllungsstatt. Aus dieser Tatsache können wir, wie Fabricius mit Recht bemerkt, die Folgerung ziehen, daß beide Handlungen nicht etwas begrifflich Verschiedenes, sich gegenseitig Ausschließendes sein können; denn wesensverschiedene Handlungen können sich im Einzelfalle nicht treffen. Wir können deshalb diese beiden Formen rechtsgeschäftlicher Betätigung in einem gemeinsamen Oberbegriffe zusammen fassen, dem Begriffe der „rechtsgeschäftlichen Handlung". [2]) Stimmen wir diesen Ausführungen zu und vergegenwärtigen wir uns noch, daß es kaum einen Hinderungsgrund geben dürfte, der nicht sowohl die Nichtannahme einer geschuldeten Leistung als auch den Nichtzugang einer Willenserklärung verursachen könnte, daß also auch die Hemmnisse des Wirksamwerdens der beiden gleichartigen Handlungen auf derselben Linie liegen, so dürfte die Gleichartigkeit des gesetzlich geregelten und des nicht geregelten Tatbestandes und damit die Zulässigkeit der Analogie dargetan sein.

Den Einwand, den Bieber [3]) gegen die Analogie des Gläubigerverzuges erhebt, können wir nicht gelten lassen. Bieber führt aus: „Der die Lehre vom Annahmeverzug beherrschende Grundsatz ist nicht die Fristverlängerung zu Gunsten des Schuldners; wenn der Gläubiger zu dem Termin, den er selbst für die Leistung bestimmt hat, im Verzug der Annahme ist, so ist es selbstverständlich, daß er sich nicht auf die Verspätung berufen kann. Vielmehr ist der Grundsatz jener Lehre die Minderung der Haftung des zur Leistung bereiten Schuldners, ein Gedanke, der offensichtlich hier nicht verwertbar ist". Wir möchten demgegenüber behaupten, daß dieser Gedanke hier gerade offensichtlich doch verwertbar ist, insofern nämlich, als es sich um die Minderung der Haftung des Erklärenden für den rechtzeitigen Zugang der Erklärung handelt.

[1]) a. a. O. S. 81.
[2]) Fabricius S. 82.
[3]) a. a. O. S. 53, 54.

Siecke [1]) wendet gegen Titze folgendes ein: „Titze selbst verneint, daß für den Gegner eine Rechtspflicht zur Annahme der Erklärung besteht; wohl aber besteht doch für den Gläubiger die rechtliche Verpflichtung zur Annahme der Leistung nicht nur schlechthin, sondern sogar zu besonderer Bereitschaft zur Annahme der Leistung". Dieses Bedenken Sieckes ist völlig gegenstandslos; denn es kann von einer Annahmepflicht des Gläubigers gar keine Rede sein, [2]) abgesehen von den Bestimmungen beim Kauf (§ 433) und beim Werkvertrag (§ 640), die als Sonderbestimmungen Ausnahmen von der Regel bilden. —

Die Folge der analogen Anwendung der Vorschriften des Annahmeverzuges ist nun die, daß der Adressat, dem eine Erklärung aus Gründen, die in seiner Person liegen, nicht zugegangen ist, die Erklärung noch annehmen muß, auch wenn die Frist für die Annahme bereits verstrichen ist, und zwar — auch diese Konsequenz zieht Titze — auch dann, wenn der Adressat an dem Nichtzugehen schuldlos ist; denn der Gläubiger kommt auch ohne Verschulden in Verzug. Diese letztere Konsequenz müssen wir ablehnen, da sie im Widerspruch zum positiven Recht steht; denn die Gefahr des zufälligen Nichtzugangs einer Willenserklärung trägt nach dem Sinne des § 130 stets der Absender.

Dieser Umstand steht nicht etwa der analogen Anwendung der Vorschriften des Gläubigerverzuges entgegen, sondern er bildet lediglich eine Ausnahme von dem aus den Vorschriften über den Gläubigerverzug abzuleitenden allgemeinen Grundsatz; und genau so, wie es von einem im Gesetz ausdrücklich ausgesprochenen Grundsatz gesetzliche Ausnahmen gibt, kann es auch von einem durch Auslegung gefundenen Grundsatze solche Ausnahmen geben. Und welche unannehmbare Folgen würde die Ansicht Titzes in der Praxis zeitigen! Nehmen wir folgenden Fall an: A. hat dem B. ein Angebot gemacht und eine Annahmefrist von 4 Wochen gewährt. B. schickt in letzer Minute die Annahmeerklärung durch eingeschriebenen Brief; A. ist spazieren gegangen, der Brief konnte infolgedessen nicht ausgehändigt werden. Am nächsten Morgen verfügt A., in der Annahme, B. reflektiere nicht auf sein Angebot, anderweitig über den Gegenstand der Offerte. Soll B. nun noch nachträglich annehmen können? Das widerspräche jedem Billigkeitsempfinden.

---

[1]) a. a. O. S. 50.
[2]) Vgl. Leonhard, Lehrbuch S. 74; Enneccerus § 280 III, 2.

Wir kommen also zu dem Satze:

„Ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die in Abwesenheit des Adressaten abgegeben wurde, nicht zugegangen aus Gründen, die lediglich in der Person des Adressaten liegen, so trägt dieser, falls die Erklärung unverzüglich wiederholt worden ist, die Gefahr der Verzögerung nach Maßgabe der Vorschriften über den Gläubigerverzug, außer wenn der Adressat an dem Nichtzugehen schuldlos ist".

Nach dieser Formel lassen sich alle Fälle der vorsätzlichen oder fahrlässigen Zugangsvereitelung seitens des Adressaten einwandfrei in einer die Interessen beider Parteien gerecht berücksichtigenden Weise lösen; sie bürdet einerseits dem Adressaten nicht die Unbilligkeit auf (wie die Fiktionstheorien), eine Willenserklärung gegen sich gelten lassen zu müssen, ohne jemals die Möglichkeit der Kentnisnahme gehabt zu haben und sie schützt andererseits den Absender vor der Willkür und Nachlässigkeit des Empfängers, wird damit also der Empfangstheorie in vollem Maße gerecht. —

Mit Hilfe dieser Regel finden auch die vielumstrittenen Fälle eine befriedigende Lösung, wo der Empfänger verreist oder sonst für längere Zeit abwesend ist, was in Folgendem kurz dargestellt werden möge. Zunächst gibt es natürlich auch hier, das sei vorweg bemerkt, Fälle, wo die Willenserklärung ohne Rücksicht auf die Abwesenheit ohne weiteres zugeht, so wenn trotz oder gerade wegen der Abwesenheit des Empfängers Vorkehrungen getroffen sind, die den Empfang ermöglichen, z. B. am Hause oder in der Etage ein Briefkasten angebracht ist, dessen Benutzung während der Abwesenheit des Adressaten nicht ausdrücklich — etwa durch deutlichen Anschlag — ausgeschlossen oder überhaupt unmöglich gemacht worden ist, oder wenn ein Empfangsbevollmächtigter bestellt worden ist.

Tritt aber der Zugang tatsächlich nicht ein, weil sämtliche Empfangsmöglichkeiten beseitigt sind, so tritt unsere Regel in Anwendung. Der Adressat muß sich dann wie der Gläubiger im Annahmeverzuge behandeln lassen, wenn er den Empfang vorsätzlich verhindert hat, etwa weil er für die Zeit seiner Reise völlig ungestört sein will, oder wenn er bei Ausschließung der Empfangsmöglichkeiten die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen hat. Diese im Verkehr erforderliche Sorgfalt wird nun wieder im Einzelfalle verschieden zu beurteilen sein, je nach den persönlichen Umständen und den Lebens-

verhältnissen des Adressaten; so wird man z. B. nicht von einer Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt sprechen können, wenn jemand, der während seines Urlaubs verreist, keine Vorkehrungen für den Zugang der Kündigung seines Vermieters trifft, zumal wenn er keinen Grund hat, gerade zu diesem Quartalsersten die Kündigung zu erwarten. Dagegen wird man von einem Geschäftsmann verlangen, daß er während einer Reise die Möglichkeit des Zugangs (etwa durch seine Angestellten etc.) von Willenserklärungen schafft, da er jederzeit mit dem Eingang von Schriftstücken rechnen muß. Für einen Kaufmann läßt sich diese Sorgfaltspflicht, jedenfalls hinsichtlich des Zugangs von Vertragsannahmen, auch positiv aus dem Gesetze begründen. In § 347 HGB ist ausgesprochen, daß der Kaufmann aus einem Geschäfte, das für ihn ein Handelsgeschäft ist, für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes einzustehen hat. Diese Vorschrift wird man — ähnlich wie bei der „culpa in contrahendo" — erweiternd dahin auslegen können, daß er auch bei dem Zustandekommen eines Handelsgeschäfts für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes einzustehen hat.

C. Ergebnis.

Stellen wir das Ergebnis unserer Forschungen über den Abschnitt „Zugang bei in der Person des Empfängers liegenden Hemmnissen" kurz zusammen, so haben wir folgende Sätze:

1. Der Absender trägt die Folgen jedes durch sein Verschulden, zufällig oder von einem Dritten verursachten Zugangshemmnisses.

2. Der Adressat trägt nach Maßgabe der Vorschriften über den Gläubigerverzug die Folgen des von ihm schuldhaft verhinderten Zugangs.

3. Vereitelt der Adressat den Zugang wider Treu und Glauben, so gilt der Zugang als erfolgt.

4. Durch Annahmeverweigerung ohne berechtigten Grund wird der Zugang nicht gehindert.

Die Beantwortung der Frage, wann das eine oder das andere vorliegt, ist Sache der Entscheidung des Einzelfalles und kann nicht mit unter die Regeln gebracht werden.

§ 4.

A. Zugang durch Mittelspersonen.

Unsere bisherigen Ausführungen bezogen sich ausschließlich auf verkörperte Erklärungen. Bevor wir auf den vorliegenden Abschnitt eingehen, wollen wir untersuchen, ob sich aus der Tatsache, daß § 130 zwischen Erklärungen unter Anwesenden und solchen unter Abwesenden unterscheidet, eine verschiedene Behandlung der verkörperten und der nichtverkörperten Willenserklärung ergibt, da dies für die Frage des Wirksamwerdens von Willenserklärungen, die nicht vom Adressaten selbst, sondern von dritten Personen entgegen genommen werden, von Bedeutung ist.

Zu diesem Zwecke müssen wir einerseits feststellen, welches der Grund ist, der das Gesetz veranlaßt, zum Wirksamwerden der Erklärung unter Abwesenden nur Wahrnehmungsmöglichkeit, nicht Vernehmung zu verlangen, und andererseits, welcher Umstand diese Regelung ermöglichte. Der Grund der Bestimmung des § 130 kommt besonders klar zum Ausdruck bei Eltzbacher[1]): „Wenn das Gesetz vorschreibt, daß gewisse Willenserklärungen einer bestimmten Person gegenüber abzugeben sind, so kommt es darauf an, daß diese Person von der Willenserklärung Kenntnis erlangt. Nur um der Sicherheit des Verkehrs willen weicht es bei der Abwesenheit des Empfängers von diesem Grundgedanken ab: weil sich hier der Erklärende in der Regel nur schwer über die Kenntnisnahme zu unterrichten vermag, soll das bloße Zugehen der wirklichen Kenntnisnahme gleich stehen. Bei der in Gegenwart des Empfängers abgegebenen Willenserklärung kommt dieser Gesichtspunkt nicht in Betracht, der Grundgedanke des Gesetzbuches kann uneingeschränkt zur Durchführung kommen". Daraus ergibt sich zugleich die Richtigkeit unseres oben[2]) aufgestellten Satzes: „Abwesend im Sinne des § 130 sind Parteien, die nicht unmittelbar verhandeln.[3])

Die Möglichkeit zu dieser Regelung bot die verkörperte Willenserklärung, denn nur bei ihr gibt es eine Wahrnehmungsmöglichkeit ohne gleichzeitige Wahrnehmung. Bei der mündlichen Willenserklärung liegt dort, wo die Wahrnehmung nicht gleichzeitig mit der Abgabe erfolgt, überhaupt

[1]) Handlungsfähigkeit I, S. 238.
[2]) S. 3.
[3]) Ebenso Leonhard, Lehrbuch S. 31.

keine Willenserklärung vor. Dabei ist gleichgültig, aus welchem Grunde die Wahrnehmung unterbleibt: mag der Erklärungsgegner taub, schwerhörig, betrunken, bewußtlos sein, mag er schlafen, davonlaufen, sich die Ohren zuhalten; in allen diesen Fällen liegt rechtlich keine Willenserklärung, sondern ein Monolog vor, die Abgabe der Willenserklärung ist also schon unterblieben. Wenn aber keine Willenserklärung vorhanden ist, kann sie auch nicht wirksam werden.

Aus diesen Erörterungen können wir zwei Schlüsse ziehen:

1. Die Empfangstheorie und damit der § 130 gilt nur bei verkörperten Willenserklärungen; bei diesen schlechthin, mögen sie einem Anwesenden oder einem Abwesenden gegenüber abgegeben werden [1])

2. Bei mündlichen Willenserklärungen ist zum Wirksamwerden in allen Fällen Wahrnehmung erforderlich. [2])

Der zweite Satz enthält nicht etwa eine Unbilligkeit gegenüber dem Erklärenden, dem die Abgabe seiner Erklärung vom Gegner böswillig (z. B. durch Ohrenzuhalten) unmöglich gemacht wurde; denn er sieht ja, daß sein Erklärungsversuch erfolglos geblieben ist und kann sofort das Mittel der verkörperten Erklärung wählen. Verhindert der Adressat deren Zugang, so sind die oben [3]) dargestellten Möglichkeiten gegeben.

B. Mittelspersonen auf Seiten des Erklärenden.

Eine Erklärung wird dem Adressaten oft nicht vom Urheber selbst übergeben, sondern dieser läßt sie durch dritte Personen zustellen. Diese Mittelspersonen können entweder Vertreter oder Boten sein. Sind sie Vertreter des Erklärenden, so ist die Rechtslage genau als ob der Erklärende selbst verhandelt; denn eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen (§ 164, Abs. 1); es bestehen also keine Schwierigkeiten.

---

[1]) Ebenso h. L.

[2]) Ebenso Leonhard, Lehrb. S. 31 und Wahlschuld S. 32; ferner J. Breit, Seuff. Bl. S. 658; Oertmann, Recht 06, S. 721 ff. Crome § 88, Anm. 11, Planck No. 2b; Enneccerus § 149 B. I., § 192 IV, 3; Eltzbacher, Handlungsf. S. 238; Jung, Arch. civil. Prax. 117, S. 74 ff; Kipp b. Windsch. § 72, No. 2; Rehbein S. 122 No. 2; Zitelmann S. 96; Zander Gruch. 52, 306.

[3]) S. 24.

Ist die Mittelsperson Bote des Erklärenden, so ist die Uebermittlung von schriftlichen und mündlichen Willenserklärungen zu unterscheiden. Die Uebermittlung schriftlicher Willenserklärungen durch Boten ist der Normalfall des § 130; auch hier ist keine Schwierigkeit, zum Wirksamwerden ist Zugang erforderlich.

Anders liegt die Sache, wenn der Bote eine mündliche Willenserklärung übermittelt. Wir haben oben den Satz aufgestellt, daß zum Wirksamwerden mündlicher Willenserklärungen in allen Fällen Wahrnehmung erforderlich ist. Dieser Satz gilt auch hier. Erfolgt die Erklärung durch einen Boten, der den Auftrag mündlich vollzieht, so liegt im Sinne des § 130 BGB eine Erklärung unter Anwesenden vor; die Abgabe fällt mit der Wahrnehmung zusammen, denn die Abgabe erfolgt erst, wenn der Bote die Bestellung ausrichtet, nämlich die Abgabe gegenüber dem Adressaten, und das ist maßgebend, nicht die Instruierung des Boten.[1]) Der Urheber der Erklärung kann sich zwar nicht persönlich über die Kenntnisnahme unterrichten, aber der Bote kann es, und das genügt, da sich ja der Erklärende, will er die Wirksamkeit der Erklärung geltend machen, auf das Zeugnis des Boten stützen kann.[2])

C. Mittelspersonen auf Seiten des Empfängers.

Wird eine empfangsbedürftige Willenserklärung nicht vom Adressaten selbst, sondern von dritten Personen in seiner Wohnung, wie Dienstboten, Angehörigen oder sonstigen Hausgenossen entgegengenommen, so erhebt sich die Frage, ob die Willenserklärung bereits mit der Abgabe an diese Wirksamkeit erlangt, oder erst mit der Weitergabe an den Adressaten.

Auch hier ist wieder zwischen verkörperten und nicht verkörperten Erklärungen zu unterscheiden.

C. I. Verkörperte Erklärungen.

Hinsichtlich des Zeitpunktes des Wirksamwerdens verkörperter Willenserklärungen, die auf Seiten des Adressaten von dritten Personen entgegengenommen werden, besteht in

[1]) Ebenso Oertmann, Recht 10, S. 727, Anm. 4. Düringer-Hachenburg Bd. 2, Anm. 68 (S. 51).
[2]) Bieber S. 25.

Wissenschaft und Rechtsprechung, soweit das Ergebnis in Frage kommt, ziemliche Uebereinstimmung. Der Zugang erfolgt hier nach herrschender Ansicht mit der Ablieferung an die Mittelsperson.[1])

Die widersprechendsten Ansichten bestehen dagegen über die Frage: Was ist nötig, um die Erklärung gegen den Adressaten wirksam zu machen?

Zur Lösung dieser Streitfrage soll zunächst geprüft werden, ob und wie weit unsere allgemeine Zugangsformel auf die hier in Frage kommenden Fälle angewandt werden kann, und ob sie genügt.

Wir haben oben (S. 6) gesagt: „Zugegangen ist eine Willenserklärung dann, wenn der Empfänger unter normalen Umständen die Möglichkeit hat, sich von ihrem Inhalte Kenntnis zu verschaffen und die Kenntnisnahme verkehrsüblich von ihm erwartet werden kann".

Nach dieser Formel ist eine an eine Mittelsperson bestellte Willenserklärung dann zugegangen, wenn der Adressat durch die Ablieferung an die Mittelsperson die Möglichkeit der Kenntnisnahme erlangt, und die Kenntnisnahme von ihm erwartet werden kann. Die Frage ist, ob dies immer oder nur unter gewissen Umständen der Fall ist. Rhodowi (S. 148) sagt, die an eine Mittelsperson bestellte Willenserklärung sei zugegangen, „weil der Adressat durch die Ablieferung an die Hausgenossen die Möglichkeit erhält, den Inhalt zu erfahren, und die Kenntnisnahme von ihm erwartet werden darf". Aber damit ist noch keine allgemeine Antwort für alle Fälle gegeben.

Wir müssen vielmehr fragen: In welchen Fällen, warum erlangt der Adressat durch die Ablieferung eines Schriftstückes an einen Hausgenossen die Möglichkeit der Kenntnisnahme und kann die Kenntnisnahme von ihm erwartet werden? Was ist dazu nötig? Hierüber gibt uns unsere allgemeine Zugangsformel keinen Aufschluß. Es ist darüber eine Reihe von Theorien aufgestellt worden.

Fritze[2]) glaubt mit folgender Formel zum Ziele zu kommen: „Eine Willenserklärung ist dann als zugegangen anzusehen,

---

[1]) So Breit zur Lehre vom Rechtsgeschäft, Sächs. Arch. Bd. 15, S. 664; Cosack, Lehrb. I, § 59, II, 1a; Dernburg, Die allg. Lehr. d. B. R., Bd. I, § 132, II Bl; Enneccerus, I § 149, II, 2; Hellwig, JW 05, S. 357; Kohler, Lehrb. Bd. I, S. 500 II, 2; Koppos b. Gruch. 46 S. 229; Planck z 130 Erl. 1; Staudinger zu 130 Erl. 3a; Titze, Zeitp. 419 ff, 423 ff.

[2]) Arch. f. Bürg. Recht 14 S. 214/15.

wenn ein sinnlich, besonders mit Auge oder Ohr wahrnehmbarer Eindruck von ihr in die äußere Machtsphäre des Destinatärs gelangt, d. h. in den Bereich seiner eigenen Sinne oder in den Kreis der Personen und Sachen, welche die nähere Umgebung und die Basis seiner Lebensführung bilden".

Die Unzulänglichkeit dieser Formel hat Leonhard [1]) dargetan. Es ist nicht zu billigen, daß die Personen der „Umgebung" dem Empfänger gleichgestellt werden. Denn einerseits gibt es auch empfangsberechtigte Personen, die nicht zu der Umgebung des Empfängers gehören — Beauftragte, Freunde und Zustellungsbevollmächtigte —. Andererseits sind die Angehörigen nicht unter allen Umständen zum Empfange befugt.

2. Andere (vor allem Titze Zeitpunkt S. 426) halten für den Zugang einer verkörperten an eine Mittelsperson abgegebenen Willenserkärung den Umstand für maßgebend, daß der Empfänger durch die Abgabe an einen Hausgenossen (als Besitzdiener) selbst Besitz an dem Schriftstück erwirbt. Gegen diese Ansicht gelten zunächst die oben [2]) gegen die Besitztheorie angeführten Gründe. Ferner ist zu bedenken, daß die Mittelspersonen in vielen Fällen gar nicht Besitzdiener des Adressaten sind, da die Besitzdienereigenschaft sich auf ein soziales Abhängigkeitsverhältnis gründet, ein solches aber nicht immer vorhanden ist. Nach Titze würde dann, wenn ich einen Bekannten beauftrage, für mich Briefe in Empfang zu nehmen, durch Ablieferung an diesen kein Zugang erfolgen, da ich keinen Besitz erwerbe. Andererseits würde zugegangen sein, wenn der Briefträger trotz ausdrücklichen Verbotes des Adressaten einen Brief an einen Dienstboten abgibt und dieser ihn unterschlägt. Das steht im Gegensatz zur Verkehrsanschauung und widerspricht zudem dem § 164 Abs. 3 BGB.

Titzes Theorie ist daher abzulehnen.

3. Eine Anzahl von Schriftstellern nimmt an, die Mittelspersonen seien Boten des Adressaten. So sagt Crome [3]): „Ist die Erklärung schon empfangen, wenn sie in einen Briefkasten geworfen ist, so ist sie auch empfangen, wenn sie einem zur Entgegennahme bestellten Boten mitgeteilt wird. Es ist unrichtig, in dem Empfangsboten etwas mehr (einen Stellvertreter) zu

[1]) Wahlschuld S. 38.
[2]) S. 4.
[3]) AaO. I, § 103 Anm. 2, S. 451.

sehen. Auch Monich [1]), Düringer-Hachenburg [2]), Staudinger [3]), Rehbein [4]) und Enneccerus [5]) kennen einen Empfangsboten. Nach Kunstmann [6]) „steht derjenige, welcher eine nicht an ihn, sondern an seinen Herrn adressierte Erklärung in Empfang nimmt, dem Boten gleicht, der nicht Empfangsvertreter, sondern Empfangswerkzeug ist".

Gegen die Annahme eines Empfangsboten als Gegenstück zum Empfangsvertreter spricht dreierlei.

Erstens der Begriff des Boten überhaupt, mit dem der Begriff eines Empfangsboten unvereinbar ist. Ein Bote kann nur als Uebermittlungsorgan zwischen einem bestimmten Erklärenden und Erklärungsempfänger und nur in Bezug auf eine bestimmte Erklärung gedacht werden. [7]) Der Botenbegriff ist untrennbar von dem Auftrag des Erklärenden zur Uebermittlung einer Erklärung in Richtung vom Erklärenden zum Empfänger, der Auftrag des Erklärenden macht den Boten, es gibt infolgedessen nur einen Boten des Erklärenden. Gegen den Begriff des Empfangsboten wendet sich auch Hellwig [8]): „Es gibt keinen Boten des Erklärungsempfängers, sondern nur einen Boten des Erklärenden, denn der Bote ist Werkzeug zur Uebermittlung der Erklärung, niemals zum Empfange", und Sokolowski [9]): der „passive Bote" oder „Empfangsbote" sei „logisch unvereinbar mit der juristischen Struktur des Boten als einer Person, die jemand zur Uebermittlung einer Willenserklärung verwendet". Rhodovi [10]) sucht die Existenz eines Empfangsboten mit der Relativität des Botenbegriffes gegenüber der Objektivität des Vertreterbegriffes zu widerlegen, indem er ausführt, der Vater, der Vormund, der Prokurist seien Vertreter ohne Rücksicht darauf, ob und welche Erklärungen sie abgeben, der Bote übe seine Funktion dagegen nur mit Rücksicht auf eine bestimmte Erklärung aus. Auch dieses Argument ist brauchbar.

Zweitens spricht der grundsätzliche Unterschied von Stellvertreter und Bote in Verbindung mit § 164 BGB gegen die

---

[1]) AaO. S. 83 ff.
[2]) Bd. II, Anm. 165, S. 109.
[3]) Vorb. zu § 164, 6, Abs. 2.
[4]) S. 251 a.
[5]) § 166, I, 2 a.
[6]) A. a. O. S. 105.
[7]) Rhodovi S. 144.
[8]) JW. A. a. O.
[9]) S. 43.
[10]) S. 144.

Existenz eines Empfangsboten. Stellvertreter ist, wer in fremden Namen Geschäfte abschließt, die er durch seine eigenen Willensentschließungen bestimmt, Bote, wer eine fremde Willenserklärung nur einem andern übermittelt, ohne die Erklärung durch seinen eigenen Willen zu beeinflussen. Für die Vertretereigenschaft ist also die Willenstätigkeit maßgebend. Der Empfang von Erklärungen ist aber lediglich eine passive Tätigkeit, keine Willenstätigkeit; auch beim Vertreter im Empfang findet rechtlich ein Handeln des Vertreters im Namen des Vertretenen nicht statt. Er ist nur das persönliche Objekt einer fremden Handlung; eine Willenstätigkeit fehlt also. Das einzige Unterscheidungsmerkmal von Stellvertreter und Bote ist aber die Willenstätigkeit, und da diese bei Empfang von Erklärungen fehlt, so ist hierbei eine Unterscheidung von Vertreter und Bote logisch hinfällig, und man könnte diejenige der beiden Rechtsformen, bei der eine Willenstätigkeit der Mittelspersonen nicht stattfindet, hier stets annehmen. Das aber widerspräche dem Gesetz, das gemäß § 164 Abs. 3 den Fall als Vertretung behandelt wissen will. Die zum Empfang berechtigte Mittelsperson ist demnach im Sinne des § 164 Abs. 3 stets Vertreter und nicht Bote.

Ein drittes Argument gegen die Möglichkeit eines Empfangsboten ergibt sich, wie Rhodovi [1]) zutreffend hervorhebt aus der Frage, wer bei Anwendung der §§ 120 ff BGB anfechten soll. Der Erklärende kann es nicht, weil der Empfangsbote nicht sein Bote ist. Das ist aber erforderlich gemäß § 120: „Zur Uebermittlung verwendete Person". Verwendet ist eine Person nur dann, wenn sie vom Erklärenden zur Uebermittlung befugt wurde. Wer nur Erklärungen als von einer bestimmten Person herrührend übermittelt, ohne von ihr ermächtigt zu sein, kann nicht unrichtig, sondern nur unbefugt übermitteln. Es bleibt also nur übrig, daß der Empfänger anficht. Dieser wird aber zunächst in vielen Fällen ein Interesse daran haben, daß die Erklärung in der übermittelten Form bestehen bleibt und folglich nicht anfechten, zum Schaden des Erklärenden. Ferner müßte auch der Empfänger dem Urheber der Erklärung das negative Interesse ersetzen, § 122 sagt aber: „Ist eine Willenserklärung auf grund der §§ 119, 120 angefochten, so hat der Erklärende dem andern den Schaden zu ersetzen etc. Die Zulassung der Anfechtung durch den Empfänger würde

[1]) S. 145.

also einerseits den Bedürfnissen nicht genügen, andrerseits positivem Recht widersprechen.

Alle diese Theorien geben keinen Aufschluß darüber, was zur Begründung des Zugangs bei Ablieferung an einen Mittelsmann nötig ist; sie bringen uns über die allgemeine Formel „Zugang ist Eintritt der Kenntnisnahmemöglichkeit" nicht hinaus.

C. I. 4. **Der Empfang durch den Mittelsmann ist nur dann gegen den Adressaten wirksam, wenn er Vollmacht hat, sonst kann er nur als Bote des Absenders in Betracht kommen.**

Wir haben oben (S. 31) festgestellt, daß es keine Empfangsboten gibt, sondern daß Vertretungsmacht nötig ist. Normalerweise werden die Mittelspersonen (Hausgenossen, wie Angehörige, Dienstpersonal) Vertretungsmacht zum Empfang verkörperter Erklärungen haben. Das ist nicht so aufzufassen, daß dazu in jedem Falle eine ausdrückliche Vollmacht nötig wäre; diese wird in den seltensten Fällen vorhanden sein. Die Bevollmächtigung pflegt vielmehr stillschweigend zu erfolgen. Das eine stillschweigende Bevollmächtigung möglich ist, ist unbestritten. So sagt Enneccerus [1]: „Sie (die Vollmacht) kann auch stillschweigend erteilt werden, z. B. durch Einräumung der äußeren Stellung eines Bevollmächtigten oder durch Stillschweigen zu dem (dem vertretenen bekannten) Auftreten als Bevollmächtigter; oder wenn sie früher in ähnlichen Fällen stets erteilt war". Eine solche stillschweigende Bevollmächtigung liegt hier vor; der Verkehr sieht die genannten Mittelspersonen als zum Empfange von Schriftstücken bevollmächtigt an. Man kann auch sagen, daß eine Vermutung für die Vollmachtserteilung spricht. Zwar sagt Matthias [2]: „Eine vermutete Erteilung (der Vollmacht) kennt das BGB nicht". Dem ist entgegenzuhalten, daß das BGB in mehreren Vorschriften eine solche „vermutete" Vollmachtserteilung sogar ausdrücklich vorsieht; §§ 370, 714 BGB (s. ferner HGB § 56).

Völlig abwegig ist es, zwecks Ablehung der Vollmacht der Empfangspersonen diese mit einem Briefkasten zu vergleichen und diesem gleichzustellen, wie Voßwinkel a. a. O. und andere

[1]) I § 171 Anm. 6
[2]) AaO. § 56, III B I S. 126.

es tun. Daraus, daß ein Briefkasten eine Vollmacht nicht hat und auch nicht haben kann, folgert man, daß auch die Empfangspersonen eine solche nicht zu haben brauchen, vergißt dabei aber, daß ein Briefkasten einen Brief nicht unterschlagen oder nachlässiger oder böswilliger Weise die Weitergabe verzögern kann, wohl aber eine Empfangsperson. Auch stimmt man allgemein darin überein, daß die Benutzung eines Briefkastens durch Kenntlichmachung gegenüber dem Erklärenden — etwa durch deutliche Aufschrift — ausgeschlossen werden kann.[1]) Warum man diesen Ausschluß bei Mittelspersonen — wozu Ausschluß der Vollmacht nötig ist — nicht zulassen will, ist unerfindlich.

Sind wir zu dem Ergebnis gekommen, daß an Mittelspersonen bestellte verkörperte Willenserklärungen infolge der Empfangsvollmacht der Mittelspersonen schon mit der Abgabe an diese wirksam werden, so müssen hier auch die Vorschriften über die Vollmacht voll zur Anwendung kommen. Die Empfangspersonen müssen also zum mindesten beschränkt geschäftsfähig sein; die Ablieferung an ein Kind unter 7 Jahren oder an einen Geisteskranken bewirkt also kein Zugehen. Ebenso muß ausdrücklicher Ausschluß der Empfangsvollmacht möglich sein. Auf diesen Ausschluß wird man den Gedanken des § 170 BGB zur Anwendung bringen müssen. Der Sinn dieses Paragraphen ist, daß dem Dritten gegenüber, der sich mit Recht auf das Bestehen einer Vollmacht verlassen kann, die Vollmacht ausdrücklich widerrufen werden muß, wenn ihm gegenüber das Nichtmehrbestehen geltend gemacht werden soll. Es kann sich nun ein Dritter mit Recht dann auf das Bestehen einer Vollmacht verlassen, wenn diese ihm gegenüber erklärt worden ist. Dieser Fall ist im § 170 geregelt. Dasselbe muß aber gelten, wenn sich der Dritte nach der allgemeinen Verkehrsauffassung auf das Bestehen der Vollmacht verlassen kann, d. h. ihm gegenüber gilt die Vollmacht als fortbestehend, es sei denn, daß er das Erlöschen kennt; der Ausschluß gegenüber dem Bevollmächtigten kann hier nicht genügen, sondern es ist Kenntlichkeit nach außen, Ausschluß gegenüber dem Erklärenden bezw. dessen Boten (in der Praxis vor allem dem Briefträger gegenüber) erforderlich.

Ist der Mittelsmann zum Empfang nicht berechtigt, so ist er Bote des Erklärenden und die an ihn abgegebene Erklärung

[1]) z. B. Titze Zeitpunkt S. 436/37.

wird erst wirksam mit der Ablieferung an den Adressaten. Das ist immer der Fall, wenn keine Empfangsvollmacht vorhanden ist, sei es, daß sie ausdrücklich ausgeschlossen ist (bei Unzuverlässigkeit etc.), sei es, daß sie nicht möglich ist (bei Geschäftsunfähigkeit), sei es, daß die Verkehrsanschauung eine Vollmacht nicht als vorhanden ansieht, was man bei zufällig in der Wohnung anwesenden Personen wie Handwerkern, Besuchern annehmen muß.

Rhodovi [1]) meint zwar, diese Ansicht mache es dem Empfänger leicht, das Zugehen und Wirksamwerden nach Belieben hinauszuschieben oder zu vereiteln; in allen Fällen, in denen jemand eine ungünstige Nachricht, etwa eine Kündigung oder Mahnung, erwartet, könne er sich den Wirkungen dadurch entziehen, daß er sich solange von Hause entferne, bis die Frist für die Erklärung verstrichen oder der Wirkungseintritt ihm weniger nachteilig geworden wäre. Dieser Einwand wird hinfällig, wenn man bedenkt, daß gegen Zugangsvereitelung seitens des Adressaten dem Erklärenden ja die oben (§ 3) erörterten Mittel zu Gebote stehen. Ferner hat die Vollmachtsausschließung der Mittelsperson, wie oben dargelegt ist, dem Erklärenden gegenüber zu erfolgen, so daß dieser weiß, daß seine Erklärung nicht mit Abgabe an die Mittelsperson wirksam wird, er sich ihrer vielmehr auf eigene Gefahr, also als seines Boten bedient. Hellwig a. a. O. meint, es widerspreche der Verkehrssitte, z. B. die Ehefrau des Adressaten als Botin des die Erklärung Abgebenden zu betrachten. Das ist abwegig. Es mag richtig sein, daß der Laie bei Abgabe einer Willenserklärung an die Ehefrau des Adressaten diese nicht als Botin anzusehen pflegt; wahrscheinlich wird er sich sogar ihrer rechtlichen Stellung überhaupt nicht bewußt sein. Aber daß ist auch gleichgültig; maßgebend ist, wie die Stellung der Mittelsperson nach der Rechtsordnung zu beurteilen ist. Die Rechtsbegriffe decken sich ja vielfach nicht mit den Vorstellungen Unkundiger. Die Mittelsperson leiht doch in unserem Falle dem die Erklärung Abgebenden seine Hilfe zur Erreichung seines Zieles, folglich ist sie Bote des Erklärenden. [2])

Andere verlangen keine Vollmacht, sondern begnügen sich damit, daß eine Weitergabe der Erklärung zu erwarten ist. (So auch Enneccerus u. a.) Aber wenn damit die Wahrscheinlichkeit der Weitergabe gemeint ist, so ist das willkürlich.

[1]) S. 142.
[2]) Bieber S. 42.

Es gibt Vollmachtsfälle, wo die Weitergabe nicht so sicher (Ausland), und umgekehrt Fälle ohne Vollmacht, wo sie recht wahrscheinlich ist. Es genügt nicht, daß das Hingelangen wahrscheinlich ist, sondern es ist die für den Verkehr nötige Sicherheit zu erfordern. Diese gewährt z. B. ein Briefkasten, aber nicht ein Mensch, vgl. dazu S. 32/33. Der Adressat wird ja gerade deshalb, weil er (etwa wegen Unzuverlässigkeit seines Personals) bei Ablieferung von Schriftstücken an seine Hausgenossen keine Kenntnisnahmemöglichkeit zu erhalten pflegt, die Empfangsvollmacht ausschließen.

C. II. Nichtverkörperte Erklärungen.

Bezüglich des Wirksamwerdens nichtverkörperter Willenserklärungen ist die Besitztheorie natürlich unbrauchbar, da Besitz nur an körperlichen Gegenständen denkbar ist.

Für die Empfangstheorie gilt auch hinsichtlich nicht verkörperter Willenserklärungen das oben (S. 30 ff.) Gesagte.

Daß die Empfangsbotentheorie hier ebenso wie bei den mündlichen an den Adressaten direkt bestellten Willenserklärungen unbrauchbar ist, ergibt sich daraus, das eine Wahrnehmungsmöglichkeit bei Bestellung an Mittelspersonen keineswegs vorliegt, auch nicht vorliegen kann. Das Reichsgericht[1]) behauptet allerdings unverständlicherweise das Gegenteil: „Bei brieflicher Erklärung genügt es nach ständiger Rechtsprechung — vgl. Entscheidungen d. RG in Zivilsachen 50, 262 ff; 58, 406 ff — in der Regel, daß der Brief in die Wohnung des — anwesenden oder abwesenden — Adressaten gelangt ist, z. B. daß er in der Wohnung an einen Familienangehörigen oder Dienstboten abgegeben oder in einen an der Wohnung angebrachten Briefkasten geworfen ist. Nicht wesentlich anders liegt die Sache, wenn die Erklärung in Abwesenheit des Erklärungsgegners in seiner Wohnung einer dort anwesenden Person gegenüber zur Mitteilung an den Gegner mündlich abgegeben wird. Ein Unterschied ergibt sich freilich daraus, daß an die Mittelsperson erheblich höhere Anforderungen gestellt werden, wenn sie die mündliche Botschaft ausrichten soll, und daß infolge davon die Gefahr besteht, daß die Erklärung nicht richtig mitgeteilt ist. Daher wird der Erklärende, wenn es sich

[1]) 60, 334 ff.

um die Frage handelt, ob die Erklärung zugegangen ist, nachzuweisen haben, daß die Mittelsperson zur Wiedergabe der Erklärung geeignet war. Es reicht nicht — wie bei einem Briefe — aus, daß sie in häuslicher Gemeinschaft mit dem Erklärungsgegner steht, sondern es muß erhellen, daß sie die erforderliche geistige Fähigkeit besitzt. Diese Fähigkeit wird bei erwachsenen Hausgenossen in der Regel anzunehmen sein. Ist aber die mündliche Erklärung dem Erklärungsgegner richtig mitgeteilt, dann steht die Zuverlässigkeit des Erklärungsmittlers ebenso fest, wie bei der brieflichen Mitteilung. Dann aber ist kein Grund für eine verschiedene Behandlung der beiden Fälle bezüglich der Frage ersichtlich, wann die Erklärung zugegangen ist. Es ist im Erfolge ganz gleich, ob der Erklärungsgegner bei seiner Rückkunft nach Hause von seiner Frau den ihr zur Bestellung anvertrauten, die Erklärung enthaltenden Brief erhält, oder ob ihm die Frau die mündliche Erklärung mündlich (aber richtig) mitteilt". [1])

Diese Ansicht des Reichsgerichts ist unzutreffend. Bei einer mündlich an eine Mittelsperson bestellten Willenserklärung hat der Adressat nicht die Möglichkeit der Kenntnisnahme, es liegt nicht lediglich an ihm, sich die Kenntnis zu verschaffen, wie beim Brief, sondern hängt von der Mittelsperson ab. Die Erklärung ist nicht in der Wahrnehmungssphäre des Adressaten; denn das ist eine mündliche Erklärung nur, wenn sie so abgegeben wird, daß der Adressat sie vernimmt. Aehnlich äußert sich Koppers: [2]) Dadurch, daß eine mündliche Erklärung anderen Personen als dem Empfänger mitgeteilt werde, sei für den Adressaten die Möglichkeit der Wahrnehmung nicht eröffnet; möchten auch die hörenden Personen in einem noch so nahen Verhältnis zu ihm stehen. Der Empfänger höre die nicht ihm, sondern anderen Personen mitgeteilte Erklärung nicht, es bestehe auch keine Möglichkeit, daß er sie vernehme. Eine mündliche Erklärung könne nur an dem in Hörweite befindlichen Adressaten erfolgen. Die Mitteilung an eine andere Person ersetze die Mitteilung an den Empfänger selbst in keinem Falle.

Es bleiben uns also für die nicht verkörperte Willenserklärung ebenso wie bei der verkörperten die zwei Möglichkeiten: die Mittelsperson ist Bevollmächtigter des Adressaten oder aber Bote des Erklärenden, d. h. nur im ersteren Falle

[1]) Vgl. auch RG. 61, 125 ff. Aehnlich auch Fritze in der oben mitgeteilten Formel.

[2]) Gruch. 46, 229/230.

wird die Erklärung wirksam mit der Bestellung an die Mittelsperson, im letzteren mit der Weitergabe an den Adressaten. Es ergibt sich aber insofern eine Verschiedenheit, als bei schriftlichen Erklärungen die Vertretereigenschaft, bei mündlichen Erklärungen die Boteneigenschaft überwiegt. Denn die Verkehrsanschauung hält die Hausgenossen wohl für befugt, schriftliche Erklärungen entgegenzunehmen, nicht aber ohne weiteres auch mündliche.[1]) Das liegt aber auch in der Natur der Sache; das an einen Dienstboten abgegebene Schriftstück gewährt in hohem Maße die Garantie, daß die darin enthaltene Erklärung erstens überhaupt und zweitens unentstellt an den Adressaten gelangt. Diese Sicherheit ist bei der mündlichen Willenserklärung nicht vorhanden. Es ist allzu leicht möglich, und wie die Erfahrung lehrt, an der Tagesordnung, daß Dienstboten oder sonstige Hausgenossen die an sie bestellte mündliche Willenserklärung entweder gänzlich vergessen oder entstellt weitergeben, obgleich sie im Sinne des Reichsgerichts als zur Wiedergabe durchaus geeignet erscheinen. Es liegt daher kein Grund vor, allgemein eine stillschweigende Ermächtigung der Hausgenossen zum Empfang mündlicher Willenserklärungen anzunehmen.[2]) Ebenso ist kein Grund vorhanden, dem Erklärungsabgeber in dieser Weise entgegenzukommen, da ihm genug andere Möglichkeiten zu Gebote stehen. Er mag sich der schriftlichen Erklärung bedienen. Tut er es nicht, so ist die Mittelsperson in der Regel als sein Bote anzusehen.

Natürlich kommt auch bei mündlichen Willenserklärungen eine Bevollmächtigung der Hausgenossen zum Empfang vor. Die Vollmacht kann für einen besonderen Einzelfall erteilt sein oder allgemein durch Anstellung für einen bestimmten Wirkungskreis, z. B. als Handlungsvollmacht, ausdrücklich oder stillschweigend. Wenn z. B. die Ehefrau, die ja unter Umständen zu Arbeiten im Geschäfte des Mannes verpflichtet ist (§ 1356 BGB), in dieser Weise tätig ist wie ein Angestellter (HGB § 56), so gilt sie auch — jedenfalls wenn er sie allein im Lokal zurückläßt, — als ermächtigt zu Empfangnahmen, die in einem derartigen Laden gewöhnlich geschehen.[3])

[1]) Leonhard, Wahlschuld S. 38.
[2]) Ebenso Bieber S. 30
[3]) Bieber S. 30.

§ 5.

Zugang bei mehreren Empfangsbereichen einer Person.

Es ist möglich und häufig, daß eine Person nicht nur unter einer, sondern unter mehreren, meist zwei Adressen für ihr gegenüber abzugebende Willenserklärungen erreichbar ist, nämlich in ihrer Privatwohnung und in ihrem räumlich davon getrennten Geschäftslokal. Die bisher gefundenen Regeln betreffend Annahmeverweigerung, Zugangsvereitelung, Mittelspersonen gelten auch hier. Die Frage ist nur: ist es gleichgültig in welchem der beiden Empfangsbereiche zu einer bestimmten Zeit die Willenserklärung gelangt, erfolgt in jedem Falle Zugang? Geht insbesondere eine Willenserklärung geschäftlichen Inhalts mit Abgabe in der Privatwohnung und umgekehrt eine solche privaten Inhalts mit Abgabe im Geschäftslokal zu?

Das ist nicht der Fall. Man muß die verschiedenen Empfangsbereiche vielmehr scharf trennen. Sie gehören ja auch gänzlich verschiedenen Lebensbereichen an. Schon äußerlich habe ich in meiner Eigenschaft als Geschäftsmann — das Wort im weitesten Sinne gebraucht — mit ganz anderen Leuten zu tun, wie in meiner Eigenschaft als Privatmann. Hier habe ich zu tun, um nur einige Beispiele zu nennen, mit dem Lieferanten für Haushaltsgegenstände, für Lebensmittel, mit dem Schneider, Schuhmacher usw., sowie mit gesellschaftlich mir nahestehenden Personen, dort lediglich mit Personen, denen meine Berufs- oder Geschäftsinteressen gelten. Die Verschiedenheit der Lebenskreise kann sogar soweit gehen, daß sie zwar derselben natürlichen, aber verschiedenen rechtlichen Personen angehören, so wenn sie z. B. den Alleininhaber einer G. m. b. H. betreffen. Wie in diesem letzteren Fall die Lebensbereiche einer Person in allen rechtlichen Beziehungen völlig zu trennen sind, so sind sie es in Bezug auf die verschiedenen Empfangsbereiche bei allen Personen, die unter verschiedenen Adressen zu erreichen sind. Man pflegt ja auch Geschäftsbriefe nicht in der Privatwohnung zu erwarten und braucht es auch nicht. Der Geschäftsmann pflegt auf zur geschäftlichen Korrespondenz verwendeten Briefbogen, Briefumschlägen, Katalogen etc. nur die Anschrift des Geschäftes zu vermerken und kann daher erwarten, daß die an ihn gerichteten geschäftlichen Erklärungen auch an diese Anschrift gesandt werden. Wird die verkörperte Erklärung geschäftlichen Inhalts in der Privatwohnung abgegeben, so wird damit nicht die normale Möglichkeit der Kenntnisnahme

herbeigeführt, denn einerseits halten sich Gewerbetreibende tagsüber normalerweise nicht in der Privatwohnung auf, andererseits kann alsbaldige Kenntnisnahme nicht erwartet werden. In vielen Fällen kann sogar der Empfänger mit einer geschäftlichen Erklärung in seiner Privatwohnung, selbst wenn er sich dort aufhalten sollte, gar nichts anfangen. Z. B. kann ein Rechtsanwalt eine solche Erklärung, ohne die den Fall betreffenden Akten zur Hand zu haben, in den meisten Fällen gar nicht verstehen, wenn er nicht zufällig den Akteninhalt im Kopfe hat. Dasselbe gilt für den Geschäftsmann, der zum Verständnis der Erklärung seine Geschäftsbücher oder sonstige Vorgänge zur Hand haben oder gar den Lagerbestand nachprüfen muß. Daß Hausangestellte in der Privatwohnung in aller Regel zur Entgegennahme schriftlicher oder gar mündlicher Erklärungen geschäftlicher Natur nicht bevollmächtigt sind, bedarf keiner Erörterung. (Etwas anderes ist es natürlich, wenn der Adressat sich die Erklärung in die Privatwohnung erbeten hat; hier erfolgt Zugang.)

Aber auch Briefe geschäftlichen Inhalts, die außerhalb der gewöhnlichen Geschäftszeit in der Privatwohnung abgegeben werden, können damit [1]) in der Regel nicht als zugegangen angesehen werden. Es bestehen dafür nicht nur die bereits oben erörterten Bedenken, daß der Empfänger mit der Erklärung in seiner Privatwohnung nichts anfangen kann. Man braucht sich nur zu vergegenwärtigen, daß es ja gar nicht die Regel ist, daß der Geschäftsherr sich außerhalb der Geschäftszeit unbedingt in seiner Privatwohnung aufhält. Ist er z. B. Junggeselle und nimmt seine Mittagsmahlzeit im Gasthaus ein, um darauf wieder seine Geschäftsräume aufzusuchen, so kann man nicht annehmen, daß er bei einem zur Mittagszeit in der Privatwohnung abgegebenen Brief geschäftlichen Inhalts normalerweise die Kenntnisnahmemöglichkeit habe. Die Kenntnisnahme kann von ihm nicht erwartet werden. Oder man nehme folgenden Fall: die übliche Geschäftszeit beginnt um 8 Uhr morgens. Eine Willenserklärung geschäftlichen Inhalts trifft um 9 Uhr im Geschäft ein. Der Absender hat aber unmittelbar nach Abgang des Briefes einen zweiten durch Eilboten abgesandt, der den Widerruf der Erklärung enthält und diesen an die Privatwohnung des Empfängers adressiert in der Erwartung, daß er diesen dort frühmorgens erreichen werde. Der Eilbrief wird auch bereits um ½8 Uhr morgens, also vor Beginn der Geschäftszeit

[1]) Im Gegensatz zu Titze, Zeitpunkt, S. 432.

in der Wohnung abgegeben. Der Empfänger ist aber bereits unterwegs zu seinen Geschäftsräumen. Sein Dienstmädchen bringt ihm den Brief nach, der um ½10 Uhr, also nach dem ersten Brief in seinen Geschäftsräumen anlangt. Soll nun der um ½8 Uhr in der Wohnung abgegebene Eilbrief als früher zugegangen gelten als der erste Brief, der Widerruf also wirksam werden? Das wäre ein Ergebnis das nicht zu billigen ist. Vielleicht hat der Empfänger auf den ersten Brief hin schon kostspielige Vorbereitungen für die Ausführung des Auftrags eingeleitet, oder den Auftrag — etwa An- oder Verkauf von Wertpapieren — schon ausgeführt, oder er hat mit Rücksicht auf den Brief andere günstige Angebote abgelehnt. Die einzige annehmbare Auffassung ist die, daß der Brief zuerst zugegangen ist, der zuerst im Geschäftslokal ankam.

Das entsprechende muß in dem umgekehrten Falle gelten, wenn Erklärungen privater Natur im Geschäft des Empfängers abgegeben werden. Titzes Satz, „daß Geschäftsleute keinen Grund zur Beschwerde haben, wenn sie Willenserklärungen gegen sich gelten lassen müssen, die man dort hingeschickt hat, wo sie erfahrungsgemäß am sichersten anzutreffen sind",[1]) (nämlich in das Geschäftslokal) hält näherer Nachprüfung nicht stand. Zunächst gibt es eine große Anzahl von Berufen, die ein zum Teil umfangreiches Büro unterhalten, sich aber keineswegs regelmäßig dort aufhalten. So ist beispielsweise der Anwalt meistens vormittags nicht regelmäßig am sichersten in seinem Büro, sondern auf dem Gericht anzutreffen; der Ingenieur, der Architekt und viele andere üben einen großen Teil ihrer Tätigkeit außerhalb ihrer Geschäftsräume aus und sind deshalb während eines erheblichen Teiles des Tages dort nicht anzutreffen. Von einer regelmäßigen Anwesenheit kann man jedenfalls nicht sprechen. Daß Willenserklärungen geschäftlichen Inhalts trotzdem mit Eingang im Geschäftslokal zugehen, liegt daran, daß die Angestellten zur Entgegennahme solcher Erklärungen regelmäßig bevollmächtigt sind, zum Teil sogar gesetzlich als bevollmächtigt gelten (§ 56 HGB). Dagegen sind die Geschäftsangestellten in der Regel nach der Verkehrsauffassung keineswegs bevollmächtigt, private Willenserklärungen entgegenzunehmen. Schon nach der Natur ihres Anstellungsverhältnisses haben sie mit den Privatangelegenheiten ihres Geschäftsherrn nichts zu tun. Sie gehören nur dem geschäft-

[1]) Zeitpunkt, S. 433.

lichen, nicht dem privaten Lebenskreise und somit Emgfangskreise ihres Geschäftsherrn an.

Daß der Geschäftsmann tagsüber gewöhnlich nicht in seiner Privatwohnung anwesend ist, hat aber auf den Zugang der während seiner Abwesenheit in der Privatwohnung abgegebenen privaten Willenserklärungen keinen Einfluß. Es ist eine ganz allgemeine und natürliche Verkehrsauffassung, daß man eine private Willenserklärung in die Wohnung des Empfängers adressieren kann; hiervon gibt es auch für Geschäftsleute keine Ausnahme. Der Mittelpunkt des privaten Lebens und Empfangskreises ist bei jedem Menschen die Wohnung. Wer mit einem anderen in dessen Eigenschaft als Privatmann, nicht als Geschäftsmann zu tun hat, wird in vielen Fällen gar keine Kenntnis davon haben, daß sein Gegner ein Geschäftslokal besitzt, und er muß sich darauf verlassen können, daß eine in die Wohnung gesandte Erklärung auch wirksam wird. Die Hausgenossen sind auch, wie bereits ausgeführt, zur Entgegennahme solcher Erklärungen in aller Regel bevollmächtigt.

Lebenslauf.

Ich, Wilhelm Koch, bin am 2. Oktober 1904 in Neuenkirchen als Sohn des Mühlenbesitzers Heinrich Koch und seiner Ehefrau Emilie, geb. Fischer, geboren. Ostern 1924 bestand ich am Realgymnasium zu Bünde i. Westf. die Reifeprüfung und studierte vom Sommersemester 1924 bis zum Wintersemester 1927/28 an den Universitäten in Marburg und Berlin die Rechtswissenschaften. Am 4. August 1928 bestand ich in Kassel das Referendarexamen. Nach Anfertigung der vorliegenden Dissertation wurde ich am 28. Januar 1929 im Bezirk des Oberlandesgerichtes Celle zum Referendar ernannt. Am 23. Mai 1929 bestand ich die mündliche Doktorprüfung.